قوانين الشريعة الإسلامية

على المذاهب الأربعة

إعداد

لجنة تقنين الشريعة الإسلامية بمجلس الشعب المصري

برئاسة الأستاذ الدكتور

صوفي أبو طالب

رئيس مجلس الشعب الأسبق

وعضوية أكثر من سبعين عضواً من أساتذة الشريعة الإسلامية والقانون وشيوخ القضاة

على رأسهم الإمام الأكبر شيخ الأزهر

جاد الحق علي جاد الحق

القانون المدني

دار ابن رجب للنشر والتوزيع

مشروع تقنين
أحكام الشريعة الإسلامية
في المعاملات المدنية

خطة عمل

باسم الله تَبَارَكَوَتَعَالَىٰ وبوحي من إيمان عميق بأن مبادئ الشريعة الإسلامية هي التي أرادها الله - جلت قدرته - لكي تكون أساسًا صالحًا لتنظيم مجتمع يستند إلىٰ دعامة قوية من الخلق والفضيلة، والأخوة والتضامن، الذي يكفل القوة والمنعة والتقدم والازدهار، نضع خطة عمل لتقنين أحكام هذه الشريعة في المعاملات المالية علىٰ النحو التالي:

1- تستقىٰ أحكام هذا التقنين من مبادئ الشريعة الإسلامية، كما وردت في الفقه الإسلامي بجميع مذاهبه، مع مراعاة التنسيق بين هذه الأحكام؛ حفاظًا علىٰ وحدة التقنين، وتجانس أحكامه، وانسجام بعضها مع البعض الآخر.

2- يتحاشىٰ النص علىٰ أي حكم يتضمنه القانون الوضعي، ويكون مخالفًا لحكم قطعي من أحكام الشريعة الإسلامية.

3- يراعىٰ ما خضع له علم القانون من تطور وما أصابه من تقدم، وذلك في ضوء تطور المجتمع الإسلامي وتقدم الفكر الإنساني.

4- يستفاد من التقنينات التي وضعت في البلاد العربية والإسلامية، وأخذت من الشريعة الإسلامية.

5- يستفاد من الجهود الفقهية التي بذلت في إعداد مشروعات لتقنينات أعدت علىٰ مدىٰ أحكام الشريعة الإسلامية.

❊ ❊ ❊

التقنينات والأعمال الفقهية التي أخذت من الشريعة الإسلامية

1- المجلة، وهي التي يطلق عليها مجلة الأحكام العدلية، وهي أول تقنين لأحكام الشريعة الإسلامية في المعاملات المالية، وضعت في عهد الدولة العثمانية، وصدرت علىٰ دفعات من سنة 1869 إلىٰ سنة 1976، واستمدت أحكامها من المذهب الحنفي،

وكانت مطبقة في البلاد العربية التي خضعت للحكم العثماني ما عدا مصر.

2- مرشد الحيران إلىٰ معرفة أحوال الإنسان، وهو عمل فقهي قام به محمد قدري باشا، يتضمن مشروع تقنين لأحكام الشريعة الإسلامية في المعاملات المالية وفقًا للمذهب الحنفي، وكانت أول طبعة له في سنة 1338 هجرية.

3- التقنين المدني العراقي الذي صدر في سنة 1951، وجمع فيه الشارع العراقي بين أحكام من الشريعة الإسلامية وأحكام من التقنين المصري، مستقاة من القوانين الغربية.

4- التقنين المدني الأردني الذي صدر في سنة 1976، وجمع فيه الشارع الأردني بين أحكام من الشريعة الإسلامية وأحكام من التقنين المصري، مستقاة من القوانين الغربية.

5- مشروعات تقنين الشريعة الإسلامية التي أعدت بإشراف مجمع البحوث الإسلامية وَفْقًا للمذاهب الإسلامية، الحنفي والشافعي والحنبلي والمالكي، كل علىٰ حدة.

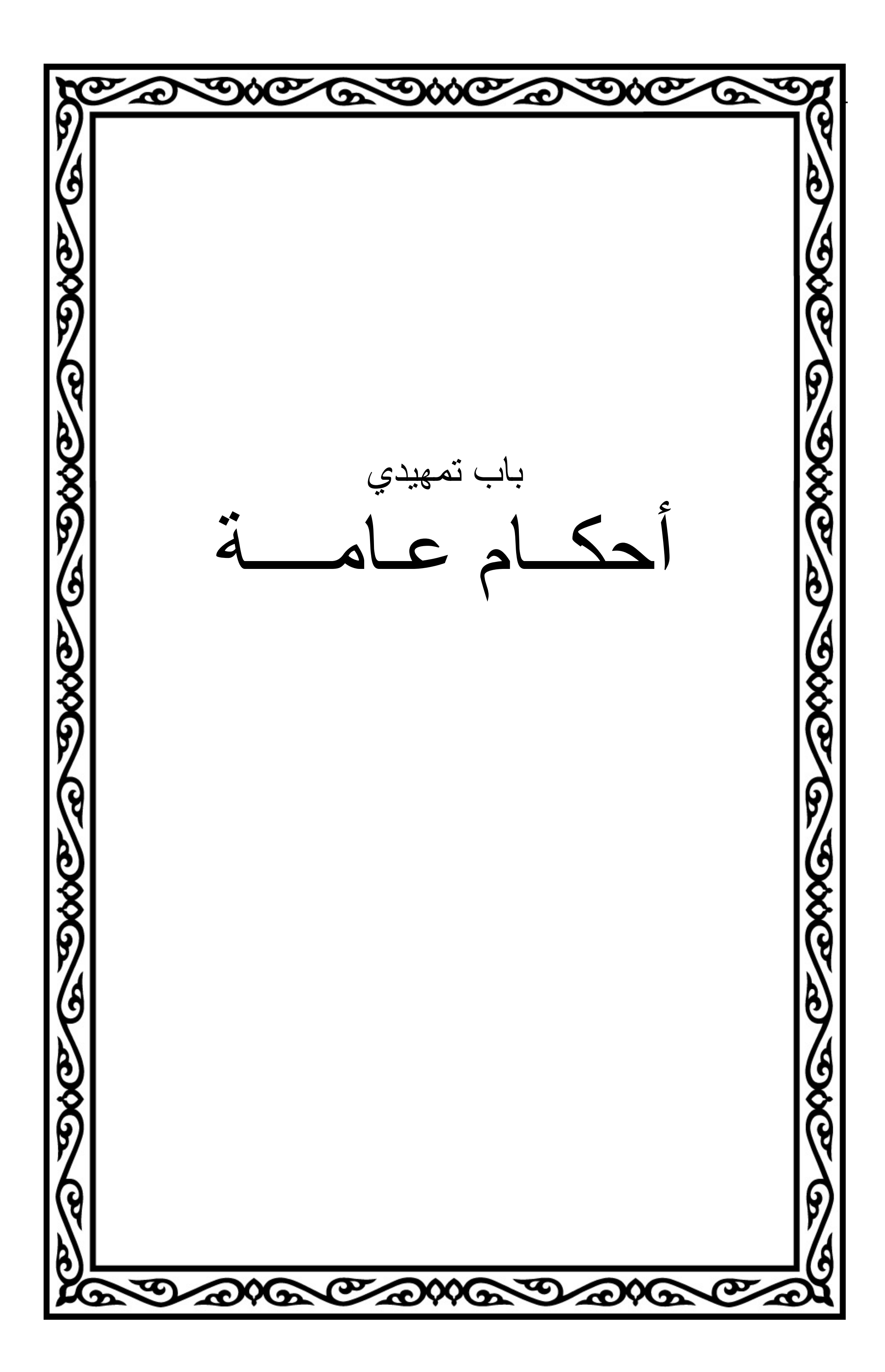
6- نظرية الالتزامات في التقنين التجاري الكويتي الصادر في سنة 1961 والتي جمع فيها الشارع الكويتي بين أحكام من الشريعة الإسلامية وأحكام من التقنين المصري، مستقاة من القوانين الغربية علىٰ غرار التقنين المدني العراقي.

7- التقنينات المدنية العربية الأخرىٰ، وهي التقنين المصري الصادر في سنة 1948، والتقنين السوري الصادر في سنة 1949، والتقنين الليبي الصادر في سنة 1953، وقد أخذت هذه التقنينات في القليل من قواعدها بأحكام الشريعة الإسلامية، وفي أغلب قواعدها بأحكام القوانين الغربية.

8- التقنين الكويتي الصادر في سنة 1980، والذي جمع فيه الشارع الكويتي بين أحكام من الشريعة الإسلامية وأحكام من التقنين المصري مستقاة من القوانين الغربية.

9- أعمال لجنة مراجعة التشريعات المدنية المصرية، التي استغرقت أعمالها ما يقرب من خمس سنوات من سنة 1962 إلىٰ سنة 1966.





باب تمهيدي

أحكــام عـامـــة

يحسن أن ينقسم الباب التمهيدي على خلاف التقنين المدني الحالي، إلى أربعة فصول:

الفصل الأول عنوانه: «القانون وتطبيقه». وفي هذا الفصل يرد أولًا النص الخاص بمصادر القانون، ثم النص الخاص بالإلغاء، ثم النص الخاص باعتبار الأحكام الشرعية القطعية من النظام العام، ثم النص الخاص بالمواعيد، وبعد ذلك ترد النصوص الخاصة بتطبيق القانون من حيث الزمان، علىٰ أن يكون لها عنوان جانبي علىٰ نسق التقنين الحالي، وبعد ذلك ترد النصوص الخاصة بتطبيق القانون من حيث المكان، علىٰ أن يكون لها عنوان جانبي علىٰ نسق التقنين الحالي.

بعد ذلك يبدأ الفصل الثاني وعنوانه: «استعمال الحق»، وترد فيه النصوص الخاصة بنظرية التعسف.

بعد ذلك يرد الفصل الثالث وعنوانه: «الأشخاص». ويلي هذا العنوان عنوان فرعي رقم (1)، وهو «الشخص الطبيعي»، وتحت هذا العنوان الفرعي يرد أولًا النص الخاص ببدء الشخصية ونهايتها والحمل المستكن والمفقود والغائب، ثم النص الخاص بإثبات وقائع الحالة المدنية، ثم النص الخاص بالاسم، ثم النص الخاص بالاعتداء علىٰ الاسم، ثم النص الخاص بالأسرة والأقرباء، ثم النصوص الخاصة بالقرابة، ثم النص الخاص بالجنسية، ثم النص الخاص بحقوق الشخصية، ثم النصوص الخاصة بالأهلية، ثم النصوص الخاصة بالموطن، بعد ذلك يأتي عنوان فرعي آخر رقم (2) هو «الشخص الاعتباري»، وتحت هذا العنوان ترد النصوص الخاصة بالشخص الاعتباري.

وبعد ذلك يأتي الفصل الرابع وعنوانه: «تقسيم الأشياء والأموال».



الفصل الأول
القانون وتطبيقه

1 – القانون

مادة (1):

1- تسري النصوص التشريعية علىٰ جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص بطريق من طرق الدلالة الشرعية، ويستلهم القاضي في تفسيرها مقاصد الشريعة الإسلامية.

2- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، يحكم القاضي بمقتضىٰ العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضىٰ مبادئ الشريعة الإسلامية.

تقابل المادة الأولىٰ من التقنين الحالي، وهي تجري علىٰ النحو الآتي:

«1- تسري النصوص التشريعية علىٰ جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها.

2- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضىٰ العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضىٰ مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد فبمقتضىٰ مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة».

وقد أدخلت عليها التعديلات الآتية:

أولًا: استبدلت في الفقرة الأولىٰ عبارة: «بطريق من طرق الدلالة الشرعية» بعبارة: «في لفظها أو فحواها»؛ لكي تشمل جميع طرق الدلالة الشرعية، وفقًا لما هو مقرر في علم الأصول.

ثانيًا: أضيف إلىٰ الفقرة الأولىٰ عبارة: «ويستلهم القاضي في تفسيرها مقاصد الشريعة الإسلامية». وذلك علىٰ اعتبار أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع، ومن ثمَّ فإن مقاصدها يجب أن تكون هي رائد القاضي في التفسير.

ثالثًا: في الفقرة الثانية استبدل لفظ: «يحكم» بلفظ: «حكم» توخيًا للدقة في التعبير.

رابعًا: استبدلت في الفقرة الثانية عبارة: «مبادئ الشريعة الإسلامية» بعبارة: «فإذا لم توجد فبمقتضىٰ مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة» حيث إن مبادئ الشريعة الإسلامية تستوعب قواعد العدالة.

ومن الواضح في تطبيق الفقرة الأولىٰ من هذه المادة - أن الحكم المستفاد من النص، سواء كان ثابتًا من عبارته، أو كان ثابتًا من إشارته أو دلالته أو اقتضائه، إنما يرجع في فهمه إلىٰ قواعد أصول الفقه الإسلامي.

ويراعىٰ في تطبيق الفقرة الثانية من هذه المادة أن أحكام الشريعة الإسلامية التي لا تجوز مخالفتها تعتبر من النظام العام، ومن ثمَّ فلا يجوز للقاضي أن يأخذ بعرف يناقض هذه الأحكام، كما أن اجتهاده في ضوء مبادئ الشريعة الإسلامية، عند عدم وجود حل للنزاع في المصادر المذكورة، يجب ألا يكون فيه خروج علىٰ هذه الأحكام.

وجدير بالذكر أن المادة الأولىٰ من التقنين المدني السوري، وكذلك المادة الثانية من التقنين المدني الأردني، في تعدادهما لمصادر القانون، ذكرتا العرف في الترتيب بعد مبادئ الشريعة الإسلامية، غير أنه يلاحظ أن تقديم العرف علىٰ مبادئ الشريعة الإسلامية يتفق تمامًا مع هذه المبادئ؛ لما للعرف فيها من اعتبار، فالعرف في الشريعة الإسلامية مصدر للأحكام الشرعية، ومن القواعد الفقهية المأثورة أن العادة محكمة، وأن التقنين بالعرف كالتقنين بالنص، وأن المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا.

مادة (2): لا يلغىٰ نص تشريعي إلا بتشريع لَاحِقٍ ينص صراحة علىٰ هذا الإلغاء، أو يشتمل علىٰ نص يتعارض مع التشريع القديم، أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن نظم قواعده ذلك التشريع.

تطابق المادة (2) من التقنين الحالي فيما عدا التعديلين الآتيين:

أولًا: استبدال عبارة: «لا يلغىٰ» بعبارة «لا يجوز إلغاء»؛ لأن القانون يخاطب القاضي لا المشرع، ولا محل لتوجيه النهي إلىٰ القاضي فهو لا يقوم بإلغاء التشريع.

ثانيًا: استبدال عبارة: «نظم قواعده» بعبارة: «قرر قواعده»؛ لأن الواضح أن التشريع الملغىٰ كان ينظم الموضوع تنظيمًا كاملًا ولم يقتصر علىٰ تقرير قواعده.

ويتفق النص المقترح مع قواعد النسخ المقررة في علم أصول الفقه.

مادة (3): تعتبر من النظام العام أحكام الشريعة الإسلامية القطعية. ومن ثمَّ يقع باطلًا كل نص أو اتفاق يخالف هذه الأحكام.

يلاحظ أن المعنىٰ المقصود بأحكام الشريعة الإسلامية في النص المقترح - هو المعنىٰ الذي يأخذ به الأصوليون، فالحكم الشرعي في اصطلاح الأصوليين لا يقتصر علىٰ النصوص الواردة بالكتاب والسنة، وإنما يشمل كذلك كل دليل شرعي آخر من إجماع أو قياس أو غيرهما، فهذه الأدلة الأخرىٰ في حقيقتها خطاب من الشارع غير مباشر.

ويعتبر الحكم الوارد في النص نتيجة لأزمة لما نصَّ عليه الدستور من اعتبار الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع، حيث يعتبر متعلقًا بالنظام العام كل حكم شرعي يستند إلىٰ دليل من أدلة الشريعة القطعية.

مادة (8)[1]:

1- تسري النصوص الجديدة المتعلقة بعدم سماع الدعوىٰ من وقت العمل بها علىٰ كل مدة لم تكتمل.

2- علىٰ أن النصوص القديمة هي التي تسري علىٰ المسائل الخاصة ببدء مدة عدم سماع الدعوىٰ ووقفها وانقطاعها، وذلك عن المدة السابقة علىٰ العمل بالنصوص الجديدة.

تقابل المادة (7) من التقنين الحالي والمادة (7) من التقنين الأردني والمادة (12/ 1) من التقنين العراقي، مع استبدال عبارة: «عدم سماع الدعوىٰ» بلفظ: «التقادم»، وذلك مراعاة للقاعدة الشرعية التي تقضي بعدم سقوط الحقوق بمضي الزمن وإنما لا تسمع الدعوىٰ بها.

مادة (9):

(1) سقطت اللوحة التي تحتوي علىٰ المواد (4، 5، 6، 7).

1- إذا قرر النص الجديد مدة لعدم سماع الدعوىٰ أقصر مما قرره النص القديم - سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد، ولو كانت المدة القديمة قد بدأت قبل ذلك.

2- أما إذا كان الباقي من المدة التي نص عليها القانون القديم - أقصر من المدة التي قررها النص الجديد، فإن مدة عدم سماع الدعوىٰ تتم بانقضاء هذا الباقي.

تقابل المادة (8) من التقنين الحالي والمادة (12/ 2) من التقنين العراقي والمادة (8) من التقنين الأردني، مع استبدال عبارة: «مدة عدم سماع الدعوىٰ»، بلفظ: «التقادم» للسبب الذي تقدم ذكره.

مادة (10):

1- تسري في شأن الأدلة التي تعد مقدمًا النصوص المعمول بها في الوقت الذي أعد فيه الدليل، أو في الوقت الذي كان ينبغي فيه إعداده.

2- وتسري في شأن القرائن القانونية النصوص المعمول بها في الوقت الذي تم فيه العمل، أو الحادث الواجب توافره لقيام القرينة.

الفقرة الأولىٰ من هذه المادة تطابق المادة (9) من التقنين الحالي.

أما الفقرة الثانية فهي فقرة مستحدثة، وقد وردت في المادة (19) من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي، ولكنها حذفت في لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليها، غير أنه من المفيد إضافة هذه الفقرة؛ لأن وظيفة القرينة القانونية هي تخفيف عبء الإثبات علىٰ من يتمسك بها، وذلك لتغيير محل الإثبات، حيث ينتقل الإثبات من الواقعة التي يراد إقامة الدليل عليها إلىٰ واقعة أخرىٰ أسهل في الإثبات، فيكون ثبوت هذه الأخيرة دليلًا علىٰ ثبوت الأولىٰ. ومن ثمَّ فإن القرينة القانونية لا تختلف في الجوهر عن الأدلة المهيأة التي تناولتها الفقرة الأولىٰ.

وتتفق هذه المادة مع القاعدة الشرعية التي تقضي بأن الشخص إنما يكلف طبقًا للخطاب القائم وقت العمل، أو التصرف الصادر منه.

نطاق تطبيق القانون من حيث المكان:

تأتي تحت هذا العنوان المواد المتعلقة بتنازع القوانين من حيث المكان.

وجدير بالذكر أن هذه المواد تقنن عرفًا دوليًّا جرىٰ عليه العمل في مصر، وهو عرف شرعي، بمعنىٰ أنه لا يخالف حكمًا قطعيًا في الشريعة وتقتضيه المصلحة العامة، ويقطع في ذلك ما تنص عليه المادة (35) من المشروع: من أنه لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب. ومعلوم أنه طبقًا للمادة (3) من المشروع تعتبر من النظام العام أحكام الشريعة الإسلامية القطعية.

وفي ضوء هذين الأصلين الشرعيين، وهما العرف والمصلحة، يتضح السند الشرعي لتطبيق أحكام هذه المواد، حيث إن لوليِّ الأمر أن يختار من بين الأحكام الاجتهادية ما يراه محققًا للمصلحة.

مادة (11): يرجع إلىٰ القانون المصري في التكييف اللازم لتطبيق قواعد تنازع القوانين، بما في ذلك وصف العقار والمنقول.

يقابل هذا النص المادة (10) من التقنين الحالي، وهي تجري علىٰ النحو الآتي: «القانون المصري هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها».

وكانت هذه المادة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي تنص على ما يأتي:

«1- القانون المصري هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين.

2- والقانون الذي يعين ما إذا كان الشيء عقارًا أو منقولًا هو قانون الجهة التي يوجد فيها هذا الشيء».

وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ أضيفت إلىٰ الفقرة الأولىٰ عبارة: «لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها»؛ لتعيين الحدود التي يقف عندها اختصاص قانون القاضي في التكييف، وحذفت الفقرة الثانية؛ لأنها تتناول مسألة تفصيلية يحسن أن تترك للاجتهاد.

وهذا النص يبقىٰ علىٰ قاعدة خضوع التكييف اللازم لأعمال قواعد الإسناد لقانون

القاضي، وهي القاعدة المسلمة تشريعًا وقضاء في مختلف البلاد ولدىٰ جمهور الفقه، غير أنه علىٰ خلاف نص التقنين الحالي، يطلق تلك القاعدة في خضوع التكييف للقانون المصري بحيث يتناول حكمها وصف العقار والمنقول بدل إخضاع هذا الوصف لقانون موقع المال، وذلك لحسم الخلاف القائم في الفقه في هذا الشأن، ومراعاة لما لهذا الوصف من أثر في تعيين قاعدة الإسناد الواجبة التطبيق.

كذلك أسقط من هذا النص عبارة: «تكييف العلاقات» الواردة في نص التقنين الحالي؛ لأن التكييف كما ينصب علىٰ «علاقة» قد ينصب علىٰ واقعة أو قاعدة قانونية أو مال.

والمادة المقترحة بالتعديل الذي تضمنته يتفق مع الأصل المقرر في الشريعة الإسلامية من أنها المرجع في تحديد الوصف الشرعي لما يتعرض له القاضي.

مادة (12): يسري علىٰ الحالة المدنية للشخص وأهليته قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته، ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تتم في مصر وتترتب آثارها فيها، إذا كان من باشر التصرف أجنبيًّا ناقص الأهلية وفقا لقانونه، ولكنه يعتبر كامل الأهلية طبقًا للقانون المصري، فإن هذا القانون هو الذي يسري.

هذه المادة تقابل المادة (11) فقرة أولىٰ من التقنين الحالي، وهي تجري علىٰ النحو التالي: «الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم. ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في مصر وتترتب آثارها فيها، إذا كان أحد الطرفين أجنبيًّا ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلىٰ سبب فيه خفاء لا يسهل علىٰ الطرف الآخر تبينه - فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته».

والنص المقترح يبقىٰ علىٰ القاعدة العامة في خضوع الحالة المدنية للشخص وأهليته لقانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته. ولكنه يطلق الاستثناء من هذه القاعدة في شأن التصرفات المالية التي تعقد في مصر وتترتب آثارها فيها، دون تقييد هذا الاستثناء بشرط كون نقص أهلية العاقد الأجنبي يرجع إلىٰ سبب فيه خفاء لا يسهل علىٰ الطرف الآخر تبينه، وهو الشرط الوارد في التقنين الحالي اتفاقًا مع الفقه الفرنسي في فكرة المصلحة الوطنية التي

اعتبرها بعض المشرعين، كالمشرع الإيطالي والمشرع البولوني والمشرع الألماني، غير كافية لحماية سلامة المعاملات في الدولة، وعلة هذا التعديل تأمين سلامة المعاملات التي تتم وتنفذ في مصر.

مادة (13): يسري علىٰ النظام القانوني للأشخاص الاعتبارية قانون الدولة التي اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز إدارتها الرئيسي الفعلي. ومع ذلك فإذا باشرت هذه الأشخاص نشاطها الرئيسي في مصر، فإن القانون المصري هو الذي يسري.

هذه المادة تقابل المادة (11) فقرة ثانية من التقنين الحالي، وهي تجري علىٰ النحو التالي: «أما النظام القانوني للأشخاص الاعتبارية الأجنبية، من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها، فيسري عليه قانون الدولة التي اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز إدارتها الرئيسي الفعلي، ومع ذلك فإذا باشرت نشاطها الرئيسي في مصر، فإن القانون المصري هو الذي يسري».

والنص المقترح يبقىٰ علىٰ القاعدة الواردة في المادة (11) فقرة ثانية من التقنين الحالي مع حذف كلمة «الأجنبية»؛ لعدم الحاجة إليها، وحتىٰ لا تبدو قاعدة الإسناد خاصة بجانب معين، ومراعاة للتمييز بين مسألة جنسية الشخص الاعتباري ومسألة القانون الواجب التطبيق علىٰ نظامه القانوني. كذلك حذفت عبارة: «من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها» لعدم الحاجة إليها.

مادة (14): تسري علىٰ الخطبة قواعد تنازع القوانين الخاصة بالزواج المنصوص عليها في المواد التالية.

هذا نص مستحدث يبين قواعد الإسناد الخاصة بالخطبة، محيلًا في شأنها علىٰ قواعد الإسناد الخاصة بالزواج: من حيث شروطه الموضوعية وشكله وآثاره، والحالة التي يجب فيها تطبيق القانون المصري، فهو بذلك يسد نقصًا في التقنين الحالي، وتبدو أهميته في أن للخطبة في وآثارها.

أما الأضرار التي تنجم عن أعمال ملابسة للخطبة، فإنها تخضع للقانون الذي

يحكم الالتزامات الناشئة عن الأفعال الضارة، وهو قانون مكان وقوع الفعل.

مادة (15): يسري علىٰ الشروط الموضوعية للزواج قانون كل من الزوجين وقت انعقاد الزواج.

يقابل هذا النص المادة (12) من التقنين الحالي وهي تنص على ما يأتي:

«يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلىٰ قانون كل من الزوجين». ويبقىٰ النص المقترح علىٰ حكم هذه المادة مع بعض تعديلات لفظية، وإضافة عبارة: «وقت انعقاد الزواج» زيادة في الإيضاح لبيان الوقت الذي يعتد به في تعيين القانون الواجب التطبيق بالنظر إلىٰ جنسية كل من الزوجين».

مادة (16): تخضع آثار الزواج بما في ذلك من أثر بالنسبة إلىٰ المال لقانون الزوج وقت انعقاد الزواج، علىٰ أنه إذا اتحدت جنسية الزوجين بعد الزواج طبق قانون جنسيتهما علىٰ الآثار الشخصية للزواج.

يقابل هذا النص المادة (13) فقرة أولىٰ من التقنين الحالي، وهي تنصُّ علىٰ ما يأتي:

«يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج علىٰ الآثار التي يرتبها عقد الزواج، بما في ذلك من أثر بالنسبة إلىٰ المال».

والنص المقترح يبقىٰ علىٰ حكم هذه المادة في خصوص عدم التفريق في قاعدة الإسناد بين الآثار الشخصية والآثار المالية للزواج، من حيث خضوعها جميعًا لقانون الزوج وقت انعقاد الزواج، غير أنه يعدل هذا الحكم بالنسبة إلىٰ الآثار الشخصية للزواج في حالة تغيير جنسية الزوج بعد الزواج، بحيث تتحد جنسية الزوجين، فيطبق قانون جنسيتهما المشتركة علىٰ الآثار الشخصية وحدها، وبمقتضىٰ هذا التعديل أصبح للآثار الشخصية للزواج حكم متميز عن الآثار المالية متىٰ توافر شرط اتحاد جنسية الزوجين بعد الزواج. والمقصود بهذا التعديل هو إعمال الأثر المباشر لقانون الجنسية الجديد بالنسبة إلىٰ آثار المراكز القانونية في حالة تغيير الزوج جنسيته بعد الزواج؛ بحيث أصبح هو وزوجه من

جنسية واحدة، أما النظام المالي للزوجين فلا يتأثر بهذا التغيير إعمالًا لقاعدة عدم تأثر المراكز العقدية بقانون الجنسية الجديد.

مادة (17): يسري علىٰ الطلاق قانون الزوج وقت الطلاق. ويسري علىٰ التطليق والتفريق بين الأجسام قانون الزوج وقت رفع الدعوىٰ.

يقابل هذا النص المادة (13) فقرة ثانية من التقنين الحالي، وهي تنص علىٰ ما يأتي: «أما الطلاق فيسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق، ويسري علىٰ التطليق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوىٰ».

ويبقىٰ النص المقترح علىٰ حكم هذه المادة مع تعديل في الصياغة، بإيراد عبارة: «قانون الزوج» بدل عبارة: «قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج» توخيًا للإيجاز، وإيراد عبارة: «التفريق بين الأجسام» بدل عبارة «الانفصال» توخيًا لزيادة البيان.

مادة (18): في الأحوال المنصوص عليها في المواد (15، 16، 17) إذا كان أحد الزوجين مصريًّا في الوقت الذي يعتد به في تعيين القانون الواجب التطبيق - يسري القانون المصري وحده، فيما عدا شرط الأهلية للزواج.

يقابل هذا النص المادة (14) من التقنين الحالي، وهي تنص علىٰ «أنه في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين: إذا كان أحد الزوجين مصريًّا وقت انعقاد الزواج، يسري القانون المصري وحده، فيما عدا شرط الأهلية للزواج».

ولا يأخذ النص المقترح بما يأخذ به التقنين الحالي من الاعتداد بوقت الزواج؛ لبيان حالات انفراد القانون المصري، بحكم شروط انعقاد الزواج وشكله وآثاره وانحلاله، وذلك تمكينًا لإعمال قواعد تنازع القوانين من حيث الزمان في حالة تغيير الجنسية، ولاستبعاد صورة لا تكون فيها أية مصلحة لتطبيق القانون الوطني، وذلك عندما يكون أحد الزوجين مصريًّا وقت الزواج، ثم يصبح الطرفان أجنبيين بعد الزواج. ولإمكان تطبيق القانون الوطني في صورة لا يسمح النص الحالي بتطبيقه فيها، وذلك

عندما يكون الزوجان أجنبيين وقت الزواج، ثم يصبح أحدهما مصريًّا بعد الزواج.

مادة (19):

1- يسري قانون الأب وقت ميلاد الولد علىٰ البنوة، والإقرار بالأبوة، وإنكارها، والحقوق والواجبات المتبادلة بين الأصول والفروع، بما في ذلك الولاية علىٰ النفس. فإذا توفي الأب قبل ميلاد الولد يسري قانون الأب وقت الوفاة. وإذا كان الأب مجهولًا سرىٰ قانون الأم.

2- ويسري علىٰ تصحيح النسب بالزواج قانون الأب وقت تصحيح النسب.

3- علىٰ أنه إذا كان أحد الأبويين مصريًّا في الوقت الذي يعتد به في تعيين القانون الواجب التطبيق في الفقرتين السابقتين - كان القانون المصري هو الواجب التطبيق.

كانت المادة (31) من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي، وهي التي أصبحت المادة (15) من المشروع النهائي في لجنة المراجعة - تنص علىٰ ما يأتي: «يسري قانون الأب علىٰ المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية وتصحيح النسب بالزواج والإقرار بالبنوة وإنكارها» ثم رأت اللجنة حذفها؛ لأنها أثر من آثار الزواج يسري عليه قواعد الزواج وفقًا للقواعد العامة.

كما كانت المادة (32) من هذا المشروع تنص علىٰ ما يأتي: «يسري قانون الولد علىٰ المسائل الخاصة بإثبات البنوة الطبيعية؛ وبما يترتب عليها من آثار». ثم حذفتها لجنة المراجعة؛ لأنها قد تحمل الولد الطبيعي لأب قد لا يسمح قانونه بذلك.

وتبين المادة المقترحة - وهي مادة مستحدثة - القانون الواجب التطبيق في مسائل لها أهميتها العملية في مجال تنازع القوانين. حيث تبين الفقرة الأولىٰ منها القانون الواجب التطبيق في البنوة، سواء أكانت بنوة شرعية أم بنوة طبيعية، والإقرار بالأبوة وإنكارها والحقوق والواجبات المتبادلة بين الوالدين والأولاد وهو قانون الأب، ويعين النص الوقت الذي يعتد به في تعيين هذا القانون فيجعله قانون الأب وقت ميلاد الولد، فإذا كان الأب قد توفي قبل ميلاد الولد طبق قانون الأب وقت الوفاة، كذلك عنىٰ النص بذكر الولاية علىٰ النفس إراحةً للقضاء عند تطبيقه، ويفترض تطبيق قانون الأب كون

الأب معروفًا، فإذا كان مجهولًا وكان المراد هو ثبوت النسب من الأم، أو غيره من المسائل المذكورة - سرىٰ قانون الأم، ونص هذه الفقرة في جملته ليس غريبًا عن التشريع الوطني، فقد كان له نظير في المادة (29) من لائحة التنظيم القضائي للمحاكم المختلطة، وفي المرسوم بقانون رقم (91) لسنة 1937، بشأن اختصاص محاكم الأحوال الشخصية المصرية، كما أنه يتفق في شأن القانون الواجب التطبيق في دعوىٰ إثبات النسب مع القاعدة الواردة في هذا الشأن في المادة (905) من تقنين المرافعات.

وتبين الفقرة الثانية من المادة المقترحة القانون الواجب التطبيق في تصحيح النسب بالزواج اللاحق لميلاد الولد، وقد كان حكمها موجودًا في اللائحة والمرسوم بقانون المشار إليه، كما أن المادة (13) من قانون نظام القضاء رقم (147) لسنة 1949 - ذكرت تصحيح النسب بين مسائل الأحوال الشخصية.

وتقضي الفقرة الثالثة من المادة المقترحة بأن يكون القانون المصري هو الواجب التطبيق في خصوص المسائل المذكورة في الفقرتين السابقتين، إذا كان أحد الأبوين مصريًّا في الوقت الذي يعتد به في تعيين القانون الواجب التطبيق، حتىٰ يتسق حكم هذه الحالة مع الحكم السابق تقريره في خصوص خضوع آثار الزواج للقانون المصري، إذا كان أحد الزوجين مصريًّا وقت انعقاد الزواج، وذلك علىٰ أساس اعتبار البنوة أثرًا من آثار الزواج.

مادة (20): يسري علىٰ الالتزام بالنفقة للأقارب والأصهار - قانون المدين بها.

يقابل هذا النص المادة (15) من التقنين الحالي، وهي تنص على ما يأتي:

«يسري علىٰ الالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب قانون المدين بها». وجاء في تقرير لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ أن ذكر عبارة: «فيما بين الأقارب» أُرِيدَ به: إخراج ما يعتبر من النفقات أثرًا للزواج وَفْقًا لأحكام النصوص السابقة.

وقد أوردت المادة (13) من قانون نظام القضاء رقم (147) لسنة 1949 «النفقة للأقارب والأصهار» بين مسائل الأحوال الشخصية، ولما كان نص المادة (15) من التقنين الحالي قد ذكرت النفقة للأقارب وأغفل النفقة للأصهار - فإن النص المقترح يعالج هذا

النقص.

هذا إلىٰ أن المادة (919) من تقنين المرافعات تبين المحكمة المختصة نوعيًّا بنظر دعاوىٰ نفقة الأقارب والأصهار.

مادة (21):

1- يسري علىٰ المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية علىٰ المال والوصاية والقوامة وغيرها من نظم حماية القصر والمحجورين ومن يلحق بهم - قانون الشخص الذي تجب حمايته.

2- ومع ذلك يرجع في شأن أسباب الامتناع عن قبول الوصاية أو القوامة أو الإشراف - إلىٰ قانون الوصي أو القيِّم أو المشرف.

يقابل هذا النص المادة (16) من التقنين الحالي، وهي تنص علىٰ ما يأتي:

«يسري علىٰ المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعة لحماية المحجورين والغائبين - قانون الشخص الذي يجب حمايته».

ويبين النص المقترح في فقرته الأولىٰ أن المقصود بالولاية هي الولاية علىٰ المال، إذ هي التي يجمعها مع الوصاية والقوامة كونها جميعًا توفر النيابة عن القاصر ومن في حكمه، بما يسُدُّ عجزه عن مباشرة التصرف القانوني، وبذلك حسم النص خلافًا قام في أحكام القضاء في فهم المقصود بالولاية في نص التقنين الحالي، كما عنىٰ المشروع بالنص في المادة (19) السالفة الذكر علىٰ أن قانون الأب هو الذي يسري علىٰ الولاية علىٰ النفس.

كما جاءت عبارة هذه الفقرة شاملة للقصر والمحجورين، ومن يلحق بهم من الغائبين، ومن تقررت لهم المساعدة القضائية.

وتضمنت الفقرة الثانية من النص المقترح الحكم الوارد في المادة (1002) فقرة ثانية من تقنين المرافعات مراعاة لمصلحة الشخص المقصود بالحماية؛ ولأن المكان المناسب له بين قواعد تنازع القوانين في التقنين المدني لا في تقنين المرافعات.

مادة (22):

1- يسري علىٰ الميراث قانون المتوفىٰ وقت الوفاة.
2- وإذا كان هذا القانون يحرم مصريًّا من نصيبه في التركة بصفته أجنبيًّا - كان له أن يستوفي نصيبه من أموال التركة الموجودة في مصر.

يقابل هذا النص المادة (17) من التقنين الحالي، وهي تقول:

«1- يسري علىٰ الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلىٰ ما بعد الموت - قانون المورث أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته.

2- ومع ذلك يسري علىٰ شكل الوصية قانون الموصي وقت الإيصاء، أو قانون البلد الذي تمت فيه، وكذلك الحكم في شكل سائر التصرفات المضافة إلىٰ ما بعد الموت».

وتتضمن المادة المقترحة في فقرتها الأولىٰ قاعدة الإسناد الخاصة بالميراث والواردة في المادة (17) من التقنين الحالي.

أما الفقرة الثانية من المادة المقترحة فتضيف حكمًا مستحدثًا يقوم علىٰ أساس من العدل، وله نظير في مشروع تنقيح التقنين المدني الفرنسي.

مادة (23): يسري علىٰ التركة التي لا وارث لها - القانون المصري متىٰ كانت أموال التركة في مصر.

هذه المادة مستحدثة، وهي تتضمن قاعدة إسناد خاصة بالتركة التي لا وارث لها وتقع أعيانها في مصر، حيث تقضي وفقًا لقانون المواريث وأحكام الفقه الإسلامي بأيلولة التركة إلىٰ دولة موقع أموال التركة بوصفها مالًا لا مالك له.

مادة (24):

1- تخضع الشروط الموضوعية لصحة الوصية وسائر التصرفات المضافة إلىٰ ما بعد الموت لقانون من صدر منه التصرف وقت صدوره.
2- أما ما يتعلق بالقدر الذي تنفذ فيه الوصية ومن يجوز الإيصاء له، فيخضع لقانون من صدر منه التصرف وقت موته.

يقابل هذا النص المادة (17) من التقنين الحالي التي تقدم ذكرها. وهو يبين القانون الواجب التطبيق علىٰ الوصية مفرقًا بين الشروط الموضوعية لصحتها وتلك التي تتعلق بنفاذها، ففي خصوص الشروط الموضوعية لصحة الوصية يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون من صدر منه التصرف وقت صدوره؛ لأن هذا هو الوقت الذي ينبغي أن تتوافر فيه شروط صحة التصرف: من حيث وجود الإرادة والمحل والسبب وتوافر الأهلية وسلامة الإرادة من العيوب، وبذلك يحسم النص المقترح الخلاف في تفسير نص المادة (17) المشار إليها، التي تنص علىٰ خضوع الوصية لقانون من صدر منه التصرف وقت موته، أما نفاذ الوصية من حيث القدر الذي يجوز التصرف فيه ومن يجوز الإيصاء له - فهي أمور وثيقة الصلة بالميراث، ومن ثَمَّ فهي تخضع لحكمة، فيكون القانون الواجب التطبيق هو قانون من صدر منه التصرف وقت موته.

ويتفق الحكم الذي تضمنته الفقرة الأولىٰ من النص المقترح من رأي فقهاء المذهبين المالكي والحنبلي من حيث الاعتداد بأهلية الموصي وقت صدور الوصية، وكان لهذا الحكم نظير في الفقرة الثانية للمادة (38) من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي قبل تعديلها.

وفيما يتعلق بالقانون الذي يسري علىٰ شكل الوصية، وهو ما تحدثت عنه الفقرة الثانية من المادة (17) المشار إليها، فقد رُئي الاكتفاء بالقاعدة الخاصة بشكل التصرفات عمومًا.

مادة (25): يسري علىٰ الحيازة والحقوق العينية في العقار قانون موقعه. ويسري بالنسبة إلىٰ المنقول قانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة، أو الحق العيني أو فقده.

يطابق هذا النص المادة (18) من التقنين الحالي، فيما عدا بعض تعديلات لفظية، حيث تنص هذه المادة علىٰ ما يأتي: «يسري علىٰ الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرىٰ قانون الموقع فيما يختص بالعقار، ويسري بالنسبة إلىٰ المنقول قانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة، أو

الملكية، أو الحقوق العينية الأخرىٰ، أو فقدها».

مادة (26):

1- يسري علىٰ الشروط الموضوعية للتصرف القانوني، وما يترتب عليه من آثار - القانون الذي اتجهت إليه الإرادة صراحة أو ضمنًا. فإن لم توجد سرىٰ قانون الدولة التي تم فيها التصرف، وفقًا لما يقرره القانون المصري.

2- علىٰ أن التصرف المتعلق بعقار يخضع لقانون موقع العقار.

يقابل هذا النص المادة (19) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- يسري علىٰ الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنًا. فإن اختلفا موطنًا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونًا آخر هو الذي يراد تطبيقه».

2- علىٰ أن قانون موقع العقار هو الذي يسري علىٰ العقود التي أبرمت في شأن هذا العقار.

ويبقىٰ النص المقترح علىٰ القاعدة العامة الواردة في الفقرة الأولىٰ من المادة (19) من التقنين الحالي، في شأن تعيين القانون الواجب التطبيق علىٰ الشروط الموضوعية للتصرف القانوني، وما يترتب عليه من آثار، كما يبقىٰ علىٰ الاستثناء الوارد في الفقرة الثانية من هذه المادة والخاصة بالقانون الواجب التطبيق علىٰ التصرف القانوني المتعلق بالعقار، وذلك مع مراعاة ما يأتي:

1- أن النص المقترح جاء عامًّا في صيغته؛ ليتفق مع حقيقة المراد بتلك القاعدة، من حيث انصرافها إلىٰ التصرف القانوني، سواء أكان عقدًا أم إرادةً منفردة، ومن حيث انصرافها إلىٰ الشروط الموضوعية للتصرف، وما يترتب عليه من آثار.

2- أنه جعل مكان الصدارة للقانون الذي يختاره المتعاقدان صراحة، فإن لم تصدر منهما إرادة صريحة عوَّل القاضي علىٰ الإرادة الضمنية، فإن لم توجد طبَّق القاضي قانون محل إبرام التصرف، ولم يذكر النص قانون الموطن المشترك للمتعاقدين باعتباره داخلًا في نطاق الإرادة الضمنية، ثم إن قانون الموطن المشترك غالبًا ما يكون هو

قانون محل إبرام التصرف.

3- أنه عين المكان الذي يعتد به في تعيين محل إبرام التصرف، وهي مسألة يرىٰ بعض الفقهاء دخولها في نطاق التكييف وخضوعها بالتالي لقانون القاصر، وبذلك أراح النص القاضي من الخوض في هذه المشكلة.

هذا، وهناك من العقود ما يحسن تركه لاجتهاد الفقه والقضاء، وإن كان قليل من المشرعين بيَّنَ القانون الواجب التطبيق في شأن كل منهما، مثل عقد العمل والعقود التي تعقد في الأسواق العامة وفي البورصات، وبيع عروض التجارة.

مادة (27):

1- يخضع شكل التصرف القانوني لقانون البلد الذي تم فيه، أو للقانون الذي يسري علىٰ شروطه الموضوعية.

2- أما شهر التصرف فيخضع لقانون موقع الشيء الذي يتعلق به التصرف.

يقابل هذا النص المادة (20) من التقنين الحالي، وهي تنص علىٰ ما يأتي:

«العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، ويجوز أيضًا أن تخضع للقانون الذي يسري علىٰ أحكامها الموضوعية، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك».

وتبيِّن الفقرة الأولىٰ من النص المقترح القانون الواجب التطبيق علىٰ شكل التصرفات القانونية عمومًا، بحيث لا يقتصر حكمها علىٰ العقود ما بين الأحياء، وبذلك أمكن الاستغناء عن وضع قواعد إسناد خاصة بشكل الزواج وشكل الوصية اكتفاءً بالقاعدة العامة الواردة في هذه الفقرة، وقد اكتفىٰ النص بذكر قانون محل إبرام التصرف، وجعل له مكان الصدارة، والقانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للتصرف متفقًا بذلك مع التيار الغالب في التشريع، ذلك أن قانون موطن المتعاقدين يغلب أن يكون هو قانون محل إبرام التصرف، كما أنه قد يكون هو القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للتصرف إعمالًا لقاعدة خضوع التصرف لقانون الإرادة، وكذلك الشأن بالنسبة إلىٰ قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين.

ويلاحظ أن المقصود بالشكل في هذه الفقرة هو الشكل الخارجي اللازم لإثبات التصرف، أما الشكل الجوهري للتصرف، وهو الذي يعتبر ركن انعقاد - فيأخذ حكم الشروط الموضوعية، ويخضع بالتالي للقانون الذي تخضع له هذه الشروط.

وتتضمن الفقرة الثانية من النص المقترح قاعدة الإسناد الخاصة بشهر التصرف، حيث يخضع هذا الشهر لقانون موقع الشيء الذي يتعلق به التصرف، سواء ورد هذا التصرف علىٰ حق عيني، أم علىٰ حق شخصي، وبذلك يسُدُّ هذا النص نقصًا في التشريع الحالي.

مادة (28): 1- يسري علىٰ الالتزامات غير الإرادية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام. 2- علىٰ أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار، تسري أحكام الفقرة السابقة علىٰ الوقائع التي تحدث في الخارج، وتكون مشروعة في مصر، وإن كانت تعدُّ غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه.

يطابق هذا النص المادة (21) من التقنين الحالي، فيما عدا استبدال عبارة: «غير الإرادية» بعبارة: «غير التعاقدية» الواردة وصفًا للالتزامات في الفقرة الأولىٰ.

مادة (29): يسري علىٰ مسائل الاختصاص والإجراءات قانون البلد الذي تقام فيه الدعوىٰ، أو تباشر فيه الإجراءات.

يطابق هذا النص المادة (22) من التقنين الحالي فيما عدا بعض تعديلات لفظية، حيث تنصُّ هذه المادة علىٰ ما يأتي: «يسري علىٰ قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات - قانون البلد الذي تقام فيه الدعوىٰ، أو تباشر فيه الإجراءات».

مادة (30): لا تسري أحكام المواد السابقة إلا حيث لا يوجد نص علىٰ خلاف ذلك في قانون خاص، أو في معاهدة دولية نافذة في مصر.

يطابق هذا النص المادة (23) من التقنين الحالي.

مادة (31): تتبع فيما لم يرد في شأنه نص في المواد السابقة - مبادئ القانون الدولي الخاص.

يطابق هذا النص المادة (24) من التقنين الحالي، مع حذف عبارة: «من أحوال تنازع القوانين» لعدم الحاجة إليها.

مادة (32):

1- يعين القاضي القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية، أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد.

2- علىٰ أنه إذا كان للشخص في الوقت ذاته الجنسية المصرية وجنسية دولة أو عدة دول أجنبية وفقًا لقوانينها - فإن القانون المصري هو الذي يجب تطبيقه.

يطابق هذا النص المادة (25) من التقنين الحالي فيما عدا بعض تعديلات لفظية في الفقرة الثانية.

مادة (33): إذا كان القانون الواجب التطبيق قانونًا أجنبيًّا - فلا يطبق ما يتضمنه من قواعد التنازع الدولي بين القوانين.

يطابق هذا النص المادة (27) من التقنين الحالي فيما عدا بعض تعديلات لفظية، حيث تنص علىٰ ما يأتي: «إذا تقرر أن قانونًا أجنبيًّا هو الواجب التطبيق - فلا يطبق فيه إلا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص».

مادة (34): إذا كان القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة تتعدد فيها الشرائع، فإن هذا القانون هو الذي يقرر أية شريعة منها يجب تطبيقها.

يطابق هذا النص المادة (26) من التقنين الحالي مع تعديل في الصياغة، إذ تنص هذه المادة علىٰ ما يأتي: «متىٰ ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها الشرائع - فإن القانون الداخلي لتلك

الدولة هو الذي يقرر أية شريعة من هذه يجب تطبيقها» وقد حذفت عبارة: «الأحكام الواردة في المواد المتقدمة»؛ لأن قاعدة الإسناد قد لا تكون واردة في المواد السابقة، ويكون مصدرها معاهدة أو عرف أو مبادئ القانون الدولي الخاص.

وغني عن البيان أن الحكم الوارد في هذه المادة يسري سواء كان تعدد الشرائع المشار إليه في النص تعددًا إقليميًّا أو شخصيًّا.

مادة (35): لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب.

يطابق هذا النص في حكمه المادة (28) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة، إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في مصر». وقد حذفت عبارة: «عينته النصوص السابقة»؛ لأن قاعدة الإسناد قد لا تكون واردة في المواد السابقة، ويكون مصدرها معاهدة أو عرف أو مبادئ القانون الدولي الخاص.



الفصل الثاني
استعمال الحق

مادة (36): الجواز الشرعي ينافي الضمان، فمن يستعمل حقه استعمالًا مشروعًا، لا يكون مسئولًا عما ينشأ عن ذلك من ضرر.

يطابق هذا النص في حكمه المادة (4) من التقنين الحالي التي تقول: «من استعمل حقه استعمالًا مشروعًا لا يكون مسئولًا عما ينشأ عن ذلك من ضرر».

والعبارة التي جاءت في صدر النص المقترح، وهي أن «الجواز الشرعي ينافي الضمان» - يراد بها المعنىٰ ذاته الذي تفيده العبارة الواردة في المادة (4) المذكورة، فثمة تكرار لمعنىٰ واحد في عبارتين مختلفتين يتضمنها النص المقترح، ومع ذلك فقد رئي أن يبدأ هذا النص بعبارة يستعملها الفقه الإسلامي؛ لما تتميز به من بلاغة في الإيجاز، ثم تأتي بعدها عبارة فيها توضيح وبيان للمعنىٰ المقصود، وكثيرًا ما نجد في نصوص المجلة أمثلة لهذه الطريقة في الصياغة. راجع المادة (91) من المجلة.

مادة (37):

1- يكون استعمال الحق غير مشروع، إذا انحرف به صاحبه عن غرضه الاجتماعي الذي قصد إليه الشارع، وبوجه خاص في الأحوال الآتية:

(أ) إذا قصد به أصالة الإضرار بالغير.

(ب) إذا تعارض مع مصلحة عامة جوهرية.

(جـ) إذا كانت المصالح التي يرمي إلىٰ تحقيقها غير مشروعة.

(د) إذا كانت المصالح التي يرمي إلىٰ تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

(هـ) إذا كانت المصالح التي يرمي إلىٰ تحقيقها مؤدية إلىٰ ضرر فاحش يصيب الغير، وكان في استطاعته تحقيق هذه المصالح بطريق آخر لا يؤدي إلىٰ هذا الضرر.

(و) إذا كان علىٰ علم بترتيب الضرر الفاحش، وكان في استعماله لحقه مترفهًا، لا يلحقه ضرر من تركه.

2- ويكون للقاضي أن يحكم بوقف هذا الاستعمال، وإعادة الحال إلىٰ ما كان عليه، مع التعويض عما يكون قد نشأ عنه من ضرر.

يقابل هذا النص المادة (5) من التقنين الحالي، وهي تجري علىٰ النحو التالي:

«**يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية:**

(أ) إذا لم يقصد به سوىٰ الإضرار بالغير.

(ب) إذا كانت المصالح التي يرمىٰ إلىٰ تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

(ج) إذا كانت المصالح التي يرمىٰ إلىٰ تحقيقها غير مشروعة».

والأمر يتعلق في هذا المقام بنظرية التعسف في استعمال الحق، وهي نظرية لها كيانها المستقل، حيث تتناول صورة متميزة للخطأ، وهي انحراف صاحب الحق في استعماله عن الغرض الاجتماعي للحق، أي الغرض الذي تقرر الحق من أجله، وهذا معيار شخصي مادي ، يزن استعمال الحق في ضوء الدافع الشخصي لصاحبه والغرض الاجتماعي له في وقت واحد، فإن كان هناك توافق بين هذا الغرض وذلك الدافع - كان الاستعمال مشروعًا، وإلا كان غير مشروع، فاستعمال الحق بقصد الإضرار بالغير تعسف، حتىٰ لو تحققت من ورائه مصلحة، واستعماله لغاية لا تتفق والغرض الاجتماعي له تعسف كذلك، حتىٰ لو لم يكن بقصد الإضرار بالغير، وهذا ما تقتضيه النظرة الحديثة التي لا تعتبر الحقوق سلطات مطلقة، وإنما تريدها حقوقًا نسبية يمثل كل منها وظيفة اجتماعية لتحقيق غاية معينة يجب ألا يحيد الحق عنها.

ومن ثم فهذا معيار عام للتعسف ينبسط علىٰ جميع الحقوق أيًّا كان نوعها، ويمتد إلىٰ جميع فروع القانون، الأمر الذي استوجب أن يكون لنظرية التعسف مكان الصدارة في الباب التمهيدي للتقنين المدني، حتىٰ ليمكن أن يقال: إن الأساس الفني للتعسف هو نظرية الحق.

ولقد ظفرت نظرية التعسف في استعمال الحق بعناية فائقة في الفقه الإسلامي، حيث

صاغها هذا الفقه صياغة لم يسبقه إليها فقه آخر.

فهي تقوم علىٰ الأسس الإسلامية في تقرير الحقوق، ذلك أن شرع الحقوق في الشريعة الإسلامية إنما كان لمصلحة المجتمع ولمصلحة الإنسان، فهو يقوم علىٰ مبادئ الأخلاق الإسلامية الفاضلة التي جاء بها الدين من العدل والمساواة والإحسان واتباع المعروف وتجنب الطغيان والجور والفساد، وعلىٰ عدد من القواعد الشرعية التي أقرتها الشريعة لتحقيق هذا الغرض، فهي تعد تطبيقًا لمقاصد الشارع التي أخذت من عدة نصوص وجملة أدلة تفيد القطع، ومن هذه المقاصد الكلية القطعية أن قصد المكلف في العمل يجب أن يوافق الشارع باطل، وقد فصل الإمام الشاطبي هذه النظرية في الجزء الثاني من الموافقات، وهو كتاب المقاصد، حيث عرض لبيان قصد الشارع في وضع الشريعة ومقاص المكلف في التكليف وأود في تطبيقات عديدة تجمع بين المعيارين الشخصي والموضوعي وقد استوعبت المادة المقترحة أمام هذه التطبيقات (راجع الموافقات ج2، القسم الثاني، المسألة الخامسة: تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد).

وحينما أراد المشرع أن يورد في التقنين المدني الحالي لأول مرة هذه النظرية، لم يجد أمامه في سائر القوانين الأجنبية من الضوابط خيرًا مما ورد في الفقه الإسلامي.

وسواء بالنسبة إلىٰ معايير التعسف التي وردت في التقنين الحالي، وتلك التي وردت في النص المقترح، فإنها جميعها مستمدة من الفقه الإسلامي (محمود فتحي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية. علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية. المجلة م (19) و (26)و (27) و (28) و (29).

وقد رئي أن يبدأ النص المقترح بمعيار عام يتضمن جوهر فكرة التعسف حتىٰ يكون المجال رحبًا أمام القاضي، فلا يقتصر علىٰ ضوابط محددة كما هو حكم النص الحالي، بل تمتد سلطته إلىٰ كل حالة يتوفر فيها التعسف بانحراف الحق بواسطة من يستعمله عن غرضه الاجتماعي بالمعنىٰ الذي أسلفناه، ثم يأتي في النص بعد ذلك عدد من المعايير الفرعية المحددة التي تعتبر أظهر تطبيقات عملية للمعيار العام.

وأول هذه المعايير: (أ) هو أن يتوفر التعسف من جانب صاحب الحق في استعماله «إذا قصد به أصالة الإضرار بالغير»، وهذه صياغة تفضل صياغة التقنين الحالي؛ لأن المقصود أن يكون قصد إحداث الضرر هو العامل الأساسي الذي دفع الشخص إلىٰ استعمال الحق، حتىٰ لو تحققت منفعة عرضية لم تكن مقصودة، أو كان هذا المقصد مصحوبًا بنية جلب منفعة إذا كانت هذه النية عاملًا ثانويًّا.

وثاني هذه المعايير: (ب) «إذا تعارض (استعمال الحق) مع مصلحة عامة جوهرية «وقد ورد هذا المعيار في المادة (6) من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي، ولكنه حذف دون ذكر مبرر لحذفه، مع أنه ورد في الفقه الإسلامي وقننته المجلة التي تنص في المادة (26) منها علىٰ أنه «يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام».

وأكثر ما يساق من التطبيقات في هذا الصدد في الفقه الإسلامي - يتعلق بولاية الدولة في تقييد حقوق الأفراد صيانة للمصلحة العامة كمنع اختزان السلع تجنبًا؛ لاستغلال حاجة الأفراد إليها خلال الحروب والجوائح، علىٰ أن هذه مجرد أمثلة تحتمل التوسع والقياس (المذكرة الإيضاحية في مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين الحالي).

والمعياران الثالث والرابع: (جـ- د) ورد ذكرهما في التقنين الحالي.

والمعياران الخامس والسادس: (هـ - و) مأخوذان كذلك من الفقه الإسلامي، وهما يستندان إلىٰ قاعدة أساسية في الشريعة الإسلامية، وهي التي تقول : «لا ضرر ولا ضرار».

وينتهي النص المقترح ببيان الجزاء الذي يترتب علىٰ الاستعمال التعسفي للحق.



الفصل الثالث
الأشخاص

1 - الشخص الطبيعي

مادة (38):
1 - تبدأ شخصية الإنسان من وقت الحمل بشرط تمام ولادته حيًّا، وتنتهي بموته.
2 - ويعين القانون حقوق الحمل المستكن.

هذه المادة تقابل المادة (29) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:
«1 - تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيًّا، وتنتهي بموته.
2 - ومع ذلك فحقوق الحمل المستكن يعينها القانون».

وقد عدلت الفقرة الأولىٰ من هذه المادة بما مفاده أن شخصية الإنسان تبدأ من وقت الحمل بشرط تمام ولادته حيًّا، وأساس هذا التعديل أن الجنين تكون له أهلية وجوب قاصرة علىٰ صلاحيته؛ لكسب الحقوق النافعة نفعًا محضًا، وتحمل الالتزامات التي تنشأ عن إدارة أمواله أو بسببها، ومن ثم تثبت الشخصية للإنسان من وقت الحمل بما يشترط لذلك أن تتم ولادته حيًّا. فثبوت الشخصية للإنسان من وقت الحمل يكون متوقفًا علىٰ ولادته حيًّا، فإذا ولد الإنسان حيًّا اعتبر شخصًا من وقت الحمل، وإذا ولد ميتًا اعتبر كأنه لم يكن.

ويتفرع علىٰ ذلك أن ما يكتسبه الجنين من حقوق يكون موقوفًا علىٰ شرط تمام ولادته، فإذا ولد حيًّا استقرت له هذه الحقوق من وقت الحمل لا من وقت الميلاد، وإذا ولد ميتًا اعتبر كأنه لم يكن، وبالتالي لا يعتبر أنه قد استحق شيئًا مما تقرر له من حقوق.

وأدخل تعديل لفظي علىٰ الفقرة الثانية.

ويتفق حكم الفقرة الأولىٰ مع الرأي السائد في الفقه الإسلامي وهو مذهب الأئمة الثلاثة: مالك والشافعي وأحمد، وبه أخذ قانون المواريث (م 43)، وقانون الوصية (م 35)، وهو يخالف مذهب الإمام أبي حنيفة الذي جرىٰ عليه العمل قبل ذلك، وفيه تثبت

الشخصية للمولود فيرث إذا خرج أكثره حيًّا ولو مات قبل أن يتم خروج باقيه.

ويتفق حكم الفقرة الثانية مع ما تقرره الشريعة الإسلامية من حقوق للحمل المستكن، كالحق في ثبوت نسبه من أبيه، وفي الميراث من مورثه (م (24) من قانون المواريث)، وفي استحقاقه من غلة الوقف الذي هو من مستحقيه، وقد يضيف القانون إلىٰ هذه الحقوق حقوقًا أخرىٰ، كإقامة وصي يقبل الوصية أو التبرع للجنين (م(28 و29) من القانون رقم (119) لسنة 1952 الخاص بأحكام الولاية علىٰ المال، وم (20) من قانون الوصية).

مادة (39): تسري في شأن المفقود والغائب الأحكام المقررة في قوانين خاصة، فإن لم توجد فأحكام الشريعة الإسلامية.

يطابق هذا النص المادة (32) من التقنين الحالي، وقد رئي تعديل ترتيب النصوص علىٰ خلاف ما جاء في التقنين الحالي، كي يأتي هذا النص الذي يؤدي حكمه إلىٰ انتهاء الشخصية حكمًا بعد النص الذي يتضمن انتهاء الشخصية حقيقة.

مادة (40):

1- تثبت وقائع الحالة المدنية بالسجلات الرسمية المعدة لذلك.

2- وينظم هذه السجلات ويحدد حجيتها في الإثبات قانون خاص.

3- فإذا لم توجد هذه السجلات، أو تبين عدم صحة ما أدرج بها - جاز الإثبات بأية طريقة أخرىٰ.

يقابل هذا النص المادتين (30 و 31) من التقنين الحالي. فالمادة (30) من هذا التقنين تنص علىٰ ما يأتي:

«1- تثبت الولادة والوفاة بالسجلات الرسمية المعدة لذلك.

2- فإذا لم يوجد هذا الدليل، أو تبين عدم صحة ما أدرج بالسجلات - جاز الإثبات بأية طريقة أخرىٰ».

والمادة (31) من هذا التقنين تنص علىٰ ما يأتي: «دفاتر المواليد والوفيات والتبليغات المتعلقة بها ينظمها قانون خاص».

وقد روعي في صياغة المادة المقترحة أن تكون متفقة مع ما هو حاصل الآن من

الأخذ بنظام سجل الحالة المالية بالقانون رقم (260) لسنة 1960.

مادة (41):
1- يكون لكل شخص اسم ولقب، ولقب الشخص يلحق أولاده.
2- وينظم تشريع خاص كيفية اكتساب الألقاب وتغييرها.

تطابق الفقرة الأولىٰ من هذه المادة المقترحة نص المادة (28) من التقنين الحالي، وتطابق الفقرة الثانية نص المادة (39) من هذا التقنين.

مادة (42): لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه أو لقبه بلا مبرر، ومن انتحل الغير اسمه أو لقبه دون حق - أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر.

يطابق هذا النص المادة (51) من التقنين الحالي مع إضافة اللقب إلىٰ الاسم حتىٰ يشملها الحكم جميعًا، وقد رئي أن يأتي الحكم الخاص بحماية الاسم بعد الأحكام الخاصة بكسب الاسم وتغييره مباشرة، فلا يقوم بينهما فاصل علىٰ نحو ما هو حاصل في التقنين الحالي الذي نظم الاسم في المادتين (38) و (39)، ثم أشار إلىٰ حمايته في المادة (51).

وهذا النص يحمي مصلحة شرعية؛ لأن منازعة الغير في الاسم وانتحال الغير له - محرم شرعًا.

مادة (43):
1- تتكون أسرة الشخص من زوجه وذوي قرباه.
2- ويعتبر من ذوي القربىٰ كل من يجمعهم أصل مشترك.

يطابق هذا النص المادة (34) من التقنين الحالي مع إضافة لفظ «زوجه» في الفقرة الأولىٰ قبل «وذوي قرباه»؛ لتحديد أن زوجة الشخص تدخل في أسرة زوجها، والنص ينصرف إلىٰ كل من الزوج والزوجة، فليس من المقبول قصر أسرة أي من الزوجين علىٰ أولاده وذوي قرباه مع استبعاد الزوج الآخر. والنص الحالي لا يتسع للزوجة، فهي

ليست من ذوي القربىٰ إذ إن أساس صلتها بالزوج رابطة الزوجية لا رابطة القرابة، إذ قد لا يجمعهما أصل مشترك فلا يعتبران من ذوي القربىٰ.

مادة (44):

1- القرابة المباشرة هي الصلة ما بين الأصول والفروع.

2- وقرابة الحواشي هي الصلة ما بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعًا للآخر.

يطابق هذا النص المادة (35) من التقنين الحالي، مع استبدال لفظ: «الصلة» بلفظ: «الرابطة» في الفقرة الثانية توحيدًا للفظ في الفقرتين.

مادة (45): يراعىٰ في حساب درجة القرابة المباشرة اعتبار كل فرع درجة عند الصعود للأصل بخروج هذا الأصل، وعند حساب درجة الحواشي تعد الدرجات صعودًا من الفرع للأصل المشترك ثم نزولًا منه إلىٰ الفرع الآخر، وكل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعتبر درجة.

يطابق هذا النص المادة (36) من التقنين الحالي.

مادة (46): يعتبر أقارب أحد الزوجين في ذات القرابة والدرجة بالنسبة إلىٰ الزوج الآخر.

هذه المادة تطابق المادة (37) من التقنين الحالي مع تعديل لفظي.

مادة (47): الجنسية المصرية ينظمها قانون خاص.

يطابق هذا النص المادة (33) من التقنين الحالي.

مادة (48): ليس لأحد النزول عن حريته أو عن حق من الحقوق الملازمة لشخصيته.

يقابل هذا النص المادة (49) من التقنين الحالي، وهي تنص علىٰ ما يأتي: «ليس

لأحد النزول عن حريته الشخصية». وقد أضيف في النص المقترح الحقوق الملازمة للشخصية، باعتبار أنها حقوق لا يجوز التصرف فيها، وإن كان في ذكرها ما يغني عن ذكر الحرية الشخصية، إلا أن التنويه بالحرية في هذا المقام أولىٰ باعتبارها أساس الشخصية وأولىٰ حقوقها.

مادة (49): لكل من وقع اعتداء علىٰ حق من الحقوق الملازمة لشخصيته – أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر.

يطابق هذا النص المادة (50) من التقنين الحالي مع تعديل طفيف في الصياغة.

مادة (50):

1– كل شخص يبلغ سن الرشد متمتعًا بقواه العقلية ولم يحجر عليه – يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.

2– وسن الرشد هي إحدىٰ وعشرون سنة ميلادية كاملة.

يطابق هذا النص المادة (44) من التقنين الحالي، والفقرة الأولىٰ منه مستمدة من الشريعة الإسلامية، أما الفقرة الثانية فتستند إلىٰ المبدأ الشرعي الذي يخول ولي الأمر سلطة سن ما تقتضيه مصلحة شرعية لا تناقض نصًّا، إذ إن سن البلوغ في الشريعة الإسلامية خمس عشرة سنة. وهي تقابل المادة (106) من التقنين العراقي التي تنص علىٰ أن «سن الرشد هي ثماني عشرة سنة كاملة» كما تقابل المادة (43) فقرة ثانية من التقنين الأردني التي تنص علىٰ أن «سن الرشد هي ثماني عشرة سنة شمسية كاملة».

مادة (51):

1– لا يكون أهلًا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز؛ لصغر في السن، أو عته، أو جنون.

2– وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقد التمييز.

يطابق هذا النص المادة (45) من التقنين الحالي، والفقرة الأولىٰ منه مستمدة من الشريعة الإسلامية، والفقرة الثانية تطابق في حكمها الفقرة الثانية من المادة (97) من

التقنين العراقي، والفقرة الثالثة من المادة (118) من التقنين الأردني.

مادة (52): كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهًا أو ذا غفلة - يكون ناقص الأهلية وفقًا لما يقرره القانون.

يطابق هذا النص المادة (46) من التقنين الحالي، وهو مستمد من الشريعة الإسلامية.

مادة (53): يخضع فاقدو الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة بالشروط ووفقًا للقواعد المقررة في القانون.

يطابق هذا النص المادة (47) من التقنين الحالي.

مادة (54): ليس لأحد النزول عن أهليته أو التعديل في أحكامها.

يطابق هذا النص المادة (48) من التقنين الحالي.

مادة (55):

1- الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة.

2- ويجوز أن يكون للشخص في وقت واحد أكثر من موطن، كما يجوز ألا يكون له موطن ما.

يطابق هذا النص المادة (40) من التقنين الحالي، ويتفق حكمه مع ما تقرره الشريعة الإسلامية، فقد جاء في البدائع (ج1/ ص 103 - 105) أنه «يجوز أن يكون الموطن الأصلي واحدًا أو أكثر من ذلك، بأن كان له أهل ودار في بلدتين أو أكثر، ولم يكن من نية أهله الخروج منها».

«وقد عرفت المادة (20) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الموطن في ضوء أحكام الفقه الإسلامي بأنه «البلد الذي يقطنه الشخص علىٰ وجه يعتبر مقيمًا فيه عادة». (انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين الحالي).

مادة (56): يعتبر المكان الذي يباشر فيه المختص تجارة أو حرفة موطنًا بالنسبة إلىٰ إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة.

يطابق هذا النص المادة (41) من التقنين الحالي.

مادة (57):

1- موطن القاصر أو المحجور عليه أو المفقود أو الغائب - هو موطن من ينوب عنه قانونًا.

2- ومع ذلك يكون للقاصر الذي بلغ ثماني عشرة سنة ومن في حكمه - موطن خاص بالنسبة إلىٰ التصرفات التي يعتبره القانون أهلًا لمباشرتها.

يطابق هذا النص المادة (42) من التقنين الحالي مع حذف كلمة «الأعمال».

مادة (58):

1- يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمال قانوني معين.

2- ولا يجوز إثبات وجود الموطن المختار إلا بالكتابة.

3- والموطن المختار لتنفيذ عمل قانوني يكون هو الموطن بالنسبة إلىٰ كل ما يتعلق بهذا العمل، بما في ذلك إجراءات التنفيذ الجبري، إلا إذا اشترط صراحة قصر هذا الموطن علىٰ أعمال دون أخرىٰ.

يطابق هذا النص المادة (43) من التقنين الحالي.



الشخص الاعتباري

مادة (59):

الأشخاص الاعتبارية هي:

1- الدولة وكذلك المحافظات والمدن والقرىٰ بالشروط التي يحددها القانون، والإدارات والمصالح وغيرها من المنشآت التي يمنحها القانون شخصية اعتبارية.

2- الهيئات والطوائف الدينية التي تعترف لها الدولة بشخصية اعتبارية.

3- الأوقاف.

4- الشركات التجارية والمدنية.

5- الجمعيات والمؤسسات واتحاداتها.

6- كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال تثبت لها الشخصية الاعتيادية بمقتضىٰ نص في القانون.

هذه المادة تطابق المادة (52) من التقنين الحالي، مع استبدال كلمة «المحافظات» بكلمة «المديريات» في البند (1)، وإضافة كلمة «واتحاداتها» في البند (5)، حيث يقصد بها اتحادات الجمعيات والمؤسسات.

مادة (60):

يتمتع الشخص الاعتباري في حدود القانون بجميع الحقوق، إلا ما كان منها ملازمًا لصفة الإنسان الطبيعية، ويكون له نائب يمثله، كما يكون له:

(أ) ذمة مالية مستقلة.

(ب) أهلية في الحدود التي يعينها سند إنشائه، أو التي يقررها القانون.

(ج) حق التقاضي.

(د) موطن مستقل، ويعتبر موطنه المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته. والأشخاص الاعتبارية التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في مصر يعتبر مركز إدارتها، بالنسبة إلىٰ القانون الداخلي، المكان الذي توجد فيه الإدارة المحلية.

هذه المادة تطابق المادة (53) من التقنين الحالي فيما عدا ما يأتي:

أولًا: تتضمن الفقرة الثالثة من المادة (53) من التقنين الحالي عبارة تقول: «ويكون له نائب يعبر عن إرادته»، وقد استبدلت بهذه العبارة عبارة: «ويكون له نائب يمثله»، مع نقلها إلىٰ جوار الحكم الوارد في صدر النص، إذ إن الشخص الاعتباري ليست له إرادة، وإنما المقصود أن يكون له ممثل ينوب عنه في مباشرة التصرفات.

ثانيًا: استبدلت عبارة «الأشخاص الطبيعية» في البند (د) من المادة بكلمة: «والشركات».

مادة (61): الأحكام المتعلقة بالجمعيات والمؤسسات واتحاداتها تنظمها قوانين خاصة.

هذه مادة مستحدثة، وعلة اقتراحها أن الأحكام الخاصة بالجمعيات والمؤسسات التي تتضمنها المواد من (54 إلى 80) من التقنين الحالي قد ألغيت، حيث تكفل بهذه الأحكام القانون رقم (384) لسنة 1956، ثم القانون رقم (32) لسنة 1964.

الفصل الرابع
تقسيم الأشياء والأموال

مادة (62):

1- كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم الشرع - يصح أن يكون محلًّا للحقوق المالية.

2- والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها، وأما الخارجة بحكم الشرع فهي التي لا يجيز الشرع أن تكون محلًّا للحقوق المالية.

هذه المادة تطابق المادة (81) من التقنين الحالي، مع استبدال لفظ: «الشرع» بلفظ: «القانون»؛ لأن ما يخرج عن التعامل بحكم الشرع أوسع نطاقًا مما يخرج عن التعامل بحكم القانون.

مادة (63):

1- كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف - فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من أشياء فهو منقول.

2- ومع ذلك يعتبر عقارًا بالتخصيص، المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه، رصدًا علىٰ خدمة هذا العقار أو استغلاله.

هذه المادة تطابق المادة (82) من التقنين الحالي.

انظر المادتين (2) و (3) من مرشد الحيران.

مادة (64):

1- يعتبر مالًا عقاريًّا كل حق عيني علىٰ عقار بما في ذلك حق الملكية، وكذلك كل دعوىٰ تتعلق بحق عيني علىٰ عقار.

2- ويعتبر مالًا منقولًا ما عدا ذلك من الحقوق المالية.

هذه المادة تطابق المادة (83) من التقنين الحالي.

مادة (65): الأشياء القابلة للاستهلاك هي التي ينحصر استعمالها، بحسب ما أعدت له، في استهلاكها أو إنفاقها.

هذه المادة تطابق المادة (84) فقرة أولىٰ من التقنين الحالي.

مادة (66): الأشياء المثلية هي التي لا تتفاوت آحادها تفاوتًا يعتد به في التعامل، وتقدر عادة بالعدد أو المقاس أو الكيل أو الوزن.

هذا النص يقابل المادة (85) من التقنين الحالي، وهي تجري علىٰ النحو الآتي: «الأشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء، والتي تقدر عادة في التعامل بين الناس بالعدد أو المقاس أو الكيل أو الوزن».

وقد رئي حذف عبارة: ويقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء» واستبدلت بها عبارة: «لا تتفاوت آحادها تفاوتًا يعتد به في التعامل»، حتىٰ يقتصر النص علىٰ تحديد الخصائص دون بيان الأحكام، إذ المرجع هو إلىٰ عدم التفاوت أساسًا؛ لأنه الخاصية التي تتميز بها هذه الأشياء، وهي التي تؤدي إلىٰ الحكم الذي يجرىٰ في التعامل، وهو أن بعضها يقوم مقام بعض في الوفاء.

مادة (67): الحقوق التي ترد علىٰ شيء غير مادي تنظمها قوانين خاصة.

هذه المادة تطابق المادة (86) من التقنين الحالي.

مادة (68):

1- تعتبر أموالًا عامة، العقارات والمنقولات التي للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة، والتي تكون مخصصة للمنفعة العامة بالفعل أو بمقتضىٰ قانون أو قرار جمهوري أو قرار من الوزير المختص.

2- وهذه الأموال لا يجوز التصرف فيها، أو الحجز عليها، أو تملكها، أو كسب

أي حق عيني عليها بالحيازة أو بالتقادم المانعين من سماع الدعوىٰ.

هذه المادة تقابل المادة (87) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- تعتبر أموالًا عامَّة، العقارات والمنقولات التي للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة، والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل، أو بمقتضىٰ قانون، أو مرسوم، أو قرار من الوزير المختص.

2- وهذه الأموال لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم».

وقد عدلت الفقرة الأولىٰ من هذه المادة باستبدال عبارة: «قرار جمهوري» بكلمة: «مرسوم».

وعدلت الفقرة الثانية باستبدال عبارة: «أو تملكها أو كسب أي حق عيني عليها بالحيازة أو بالتقادم المانعين من سماع الدعوىٰ» بعبارة: «أو تملكها بالتقادم» حيث إن العبارة المختارة أشمل في إحاطتها بالحكم، كما روعي فيها الأخذ بنظام عدم سماع الدعوىٰ الذي اعتمد المشروع علىٰ غرار ما قرره الفقه الإسلامي.

ويتضح من نصوص الدستور أن الأموال العامة أربعة: النوع الأول يشمل الأموال العامة، والنوع الثاني يشمل الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة، والنوع الثالث يشمل الأموال التعاونية، والنوع الرابع يشمل الأموال الخاصة (م 29- 32) من الدستور. وعلىٰ هذا الأساس أصبح من المتعين أن يحدد مدلول كل من هذه الأنواع الأربعة في الباب التمهيدي.

مادة (69): تفقد الأموال العامة صفتها بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة، وينتهي التخصيص بمقتضىٰ قانون أو قرار من الوزير المختص، أو بالفعل، أو بانتهاء الغرض الذي من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة.

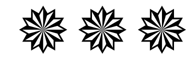
هذه المادة تطابق المادة (88) من التقنين الحالي، مع استبدال عبارة: «قرار جمهوري» بكلمة: «مرسوم».

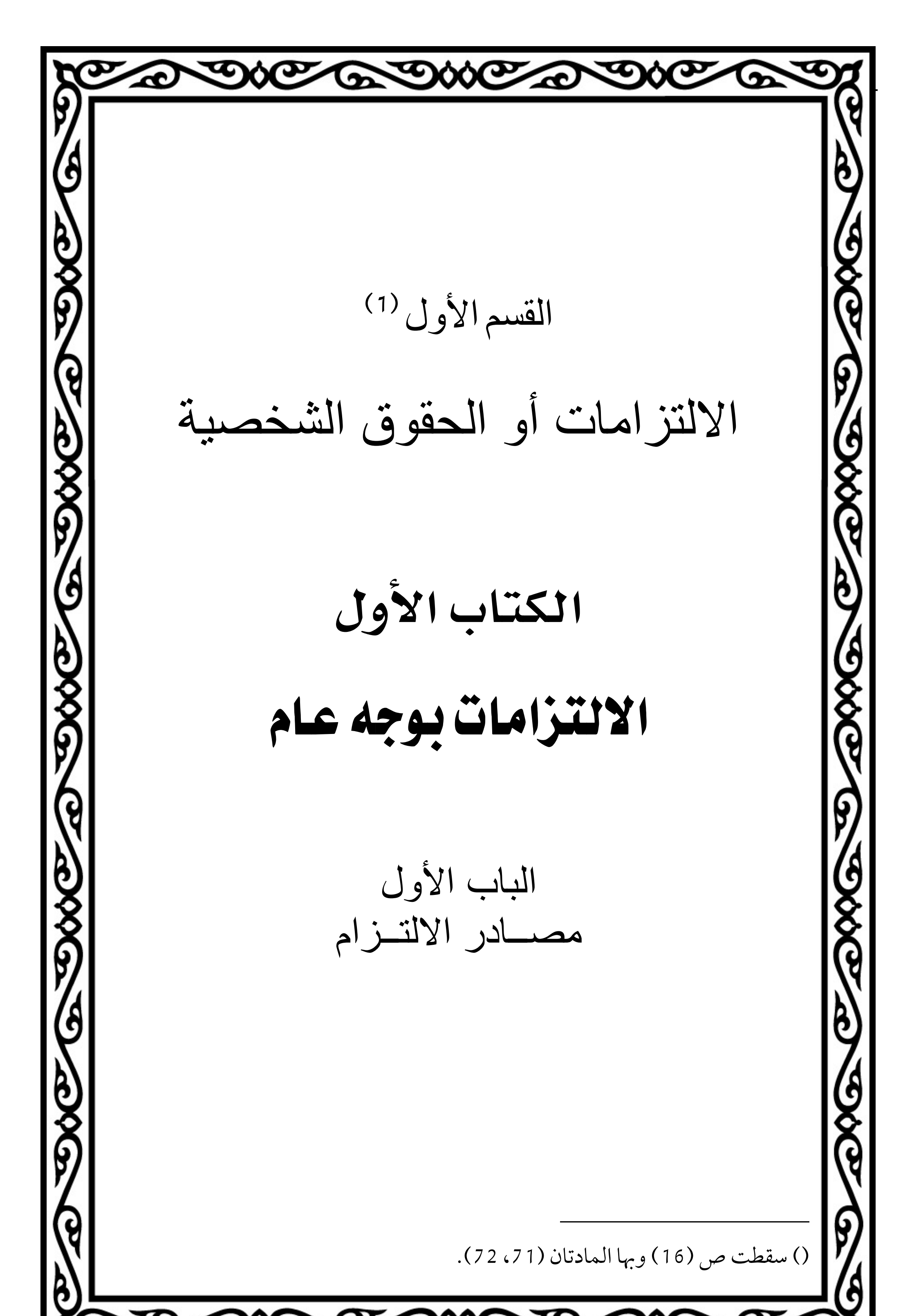
مادة (70):

1- تعتبر من أموال الدولة الخاصة العقارات والمنقولات التي للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة، وكذلك أموال الوحدات الاقتصادية التابعة للمؤسسات العامة أو للهيئات العامة وشركات القطاع العام غير التابعة لأيهما.

2- وهذه الأموال، وكذلك أموال الأوقاف الخيرية، لا يجوز تملكها أو كسب أي حق عيني عليها بالحيازة أو بالتقادم المانعين من سماع الدعوىٰ. ولا يجوز التعدي عليها، وفي حالة حصول التعدي يكون للوزير المختص حق إزالته إداريًّا.

الفقرة الأولىٰ من هذه المادة نص مستحدث وقد روي استحداث هذا النص بعد أن اتسع نطاق أموال الدولة الخاصة، وذلك بخلق قطاع عام يشمل أدوات الإنتاج وغيرها. فأموال الدولة الخاصة في حكم هذا النص يراد بها كل ما هو مملوك للدولة عدا الأموال العامة، سواء كان من أدوات التجارة أو الصناعة أو الزراعة أو الأراضي أو المباني أو غير ذلك.





القسم الأول [1]

الالتزامات أو الحقوق الشخصية

الكتاب الأول

الالتزامات بوجه عام

الباب الأول
مصـــادر الالتــزام

(1) سقطت ص (16) وبها المادتان (71، 72).

الفصل الأول
العقد

الفرع الأول
أركان العقد

1 - التراضي:

مادة (73): العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر علىٰ وجه يثبت أثره في المعقود عليه.

يطابق هذا النص التعريف الوارد في المادة (262) من مرشد الحيران، فهي تقول: «العقد هو عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر علىٰ وجه يثبت أثره في المعقود عليه، ويترتب علىٰ العقد التزام كل واحد من العاقدين بما وجب به للآخر». وكذلك المادة (87) من التقنين المدني الأردني.

ويطابق المادة (73) من التقنين المدني العراقي والمادة (103) من قانون التجارة الكويتي، ويقابل المادة (31) من التقنين المدني الكويتي. (انظر أيضًا المجلة م (101-104) والمذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين الحالي).

ولا مقابل لهذا النص في التقنين الحالي تجنبًا للتعريفات الفقهية، وهو مستمد من الفقه الإسلامي، ويدل علىٰ النزعة الموضوعية التي تسود هذا الفقه، بينما الفقه اللاتيني المشتق من القانون الروماني تسوده النزعة الذاتية، فالنقطة البارزة في تعريف الفقه اللاتيني للعقد أنه ينشئ التزامات علىٰ عاتق شخص أو أكثر، أما النقطة البارزة في تعريف الفقه الإسلامي للعقد أنه يثبت أثره في المحل.

مادة (74): يتم ارتباط الإيجاب بالقبول في الوقت الذي يتبادل فيه المتعاقدان التعبير عن إرادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع لانعقاد العقد.

يقابل هذا النص المادة (89) من التقنين الحالي التي تقول: «يتم العقد بمجرد أن

يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد».

ويقابل المادة (90) من التقنين المدني الأردني التي تقول: «ينعقد العقد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد».

ويقابل المادة (32) من التقنين المدني الكويتي.

ويقابل المادة (104) من المجلة التي تقول: «الانعقاد تعلق كل من الإيجاب والقبول بالآخر علىٰ وجه مشروع يظهر أثره في متعلقهما».

مادة (75):

1- يكون التعبير عن الإرادة باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفًا ولو من غير الأخرس وبالمبادلة الفعلية الدالة علىٰ التراضي، كما يكون باتخاذ موقف آخر لا تدع ظروف الحال شكًّا في دلالته علىٰ حقيقة المقصود.

2- ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيًّا، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان علىٰ أن يكون صريحًا.

هذه المادة تقابل المادة (90) من التقنين الحالي التي تقول:

«1- التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفًا، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكًّا في دلالته علىٰ المعنىٰ المقصود.

2- ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيًّا، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان علىٰ أن يكون صريحًا، وقد أضيف إلىٰ صور التعبير الصريح في الفقرة الأولىٰ من هذه المادة توضيح يبين أن الإشارة المتداولة عرفًا تكون معتبرة ولو من غير الأخرس، كما أضيفت صورة أخرىٰ لهذا التعبير، وهي المبادلة الفعلية الدالة علىٰ التراضي.

وتقابل في فقرتها الأولىٰ المادة (79) من التقنين العراقي والمادة (93) من التقنين الأردني.

وتقابل المادتين (34) و (35) من التقنين المدني الكويتي.

وهي مستمدة من الفقه الإسلامي. فقد نصت المادة (346) من مرشد الحيران علىٰ أنه «كما ينعقد البيع بالإيجاب والقبول خطابًا يصح انعقاده بهما تحريرًا أو مكاتبة... وينعقد البيع أيضًا بالإشارة المعروفة للأخرس». ونصت المادة (347) علىٰ أنه «يصح انعقاد البيع بالتناول والتعاطي». ونصت المادة (173) من المجلة علىٰ أنه «كما يكون الإيجاب والقبول بالمشافهة يكون بالمكاتبة أيضًا». ونصت المادة (174) علىٰ أنه «ينعقد البيع بالإشارة المعروفة للأخرس». ونصت المادة (175) علىٰ أنه «حيث إن المقصد الأصلي من الإيجاب والقبول هو تراضي الطرفين فيبتعد البيع بالمبادلة الفعلية الدالة علىٰ التراضي، ويسمىٰ هذا بيع التعاطي». (انظر أيضًا المبسوط (ج (12) / ص (108، 109) البدائع (ج (5)/ ص (133- 135)، بداية المجتهد (ج(2)/ ص (141))، المغني (ج (4)/ ص (4و 5)) وانظر فيما يتعلق بقَبول الإشارة من غير الأخرس، الزرقاني (ج (5)/ ص (4). المذكرة الإيضاحية للتقنين الحالي).

مادة (76): ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة علىٰ العلم به ما لم يقم الدليل علىٰ عكس ذلك.

يطابق هذا النص المادة (91) من التقنين الحالي، ويقابل المادة (36) من التقنين المدني الكويتي.

مادة (77): يسقط التعبير عن الإرادة إذا كان من صدر عنه أو من وجه إليه هذا التعبير قد مات أو فقد أهليته قبل ارتباط الإيجاب بالقبول.

هذه المادة تقابلها المادة (92) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ أنه «إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل». وجاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين الحالي في صدد هذا النص ما يأتي:

يجري المذهب المالكي علىٰ هذا الرأي: الزرقاني (ج 5/ ص 65)، أما المذهب

الحنفي فهو علىٰ خلاف ذلك: البدائع (ج5/ ص228) و (ج6/ ص20)، الهداية (ج5/ ص78) الأشباه ص (143).

وقد رئي في النص المقترح العدول عن الحكم الوارد في نص التقنين الحالي، والأخذ برأي جمهور الفقه الإسلامي وهم الحنفية البدائع (ج5/ ص 228) و (ج6/ ص20)، والشافعية مغني المحتاج (ج2/ ص6)، والحنابلة المغني لابن قدامة (ج3/ ص 482)، والشيعة الجعفرية فقه الإمام جعفر (ج3/ ص 44).

حيث ترىٰ هذه المذاهب أن الإيجاب يسقط بموت الموجب أو بفقده أهليته علىٰ أساس خيار الموجب في الرجوع فيه، إذ إنه يتعذر عليه حينئذ إعمال هذا الخيار.

وعليه فبمقتضىٰ النص المقترح لا ينعقد العقد إذا كان الموجب أو القابل قد مات أو فقد أهليته قبل أن ينتج القبول أثره بوصوله إلىٰ علم الموجب، أي قبل ارتباط الإيجاب بالقبول.

مادة (78):

1- إذا عين ميعاد للقبول، التزم الموجب بالبقاء علىٰ إيجابه إلىٰ أن ينقضي هذا الميعاد.

2- وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة.

هذه المادة تطابق المادة (93) من التقنين الحالي، وتطابق الفقرة الأولىٰ منها المادة (84) من التقنين العراقي والمادة (98) من التقنين الأردني، وتطابق المادة (41/ 2) من التقنين المدني الكويتي. وهذا النص يجد سنده في الفقه المالكي.

مادة (79):

1- إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد، دون أن يعين ميعاد للقبول، فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورًا، وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص إلىٰ آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل.

2- ومع ذلك يتم العقد، ولو لم يصدر القبول فورًا، إذا لم يوجد ما يدل علىٰ أن

الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول، وكان القبول قد صدر قبل أن ينفض مجلس العقد.

هذه المادة تطابق المادة (94) من التقنين الحالي.

وتقابل المادة (82) من التقنين العراقي والمادة (96) من التقنين الأردني، وهما تنصان علىٰ ما يأتي: «المتعاقدان بالخيار بعد الإيجاب إلىٰ آخر المجلس، فلو رجع الموجب بعد الإيجاب وقبل القبول أو صدر من أحد المتعاقدين قول أو فعل يدل علىٰ الإعراض يبطل الإيجاب ولا عبرة بالقبول الواقع بعد ذلك».

وتقابل المادة (46) من التقنين الكويتي.

وحكم المادة المقترحة مستمد من قواعد الفقه الإسلامي في مجلس العقد، وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين الحالي ما يأتي:

«لمن وجه إليه الإيجاب أن يقبله عند الحنفية إلىٰ وقت انخفاض المجلس أو إلىٰ الوقت الذي يصدر منه ما يدل علىٰ الإعراض (انظر: م 172، 183) من المجلة، والبدائع (ج5/ ص 137، 138 - 228)، أما المذهب الشافعي فيشترط أصحابه القبول فورًا، ولكنهم يخولون القابل حق العدول، وهو ما يسمونه خيار المجلس، إلىٰ وقت افتراق المتعاقدين. أما المذهب المالكي فيتفق في الرأي مع مذهب الشافعية، ولكنه لا يعطي للقابل خيار المجلس (انظر فيما يتعلق بالمذهبين الأخيرين: بداية المجتهد (ج2/ ص141- 143) والمغني (ج4/ ص26).

وجاء أيضًا في هذه المذكرة ما يأتي: «بعد أن عين المشروع المدة التي يكون الإيجاب خلالها ملزمًا عند تحديد ميعاد له، واجه الحالة التي لا يحصل فيها تحديد، وينبغي التمييز في هذا المقام بين صورتين.

(أ) فيلاحظ أولًا أن الإيجاب إذا وجه لشخص حاضر وجب أن يقبله من فوره، وينزل الإيجاب الصادر من شخص إلىٰ آخر بالتليفون، أو بأية وسيلة مماثلة منزلة الإيجاب الصادر إلىٰ شخص حاضر.

وقد أخذ المشروع في هذه الصورة من المذهب الحنفي قاعدة حكيمة، فنص علىٰ

أن العقد يتم ولو لم يحصل القبول فور الوقت، إذا لم يصدر قبل افتراق المتعاقدين ما يفيد عدول الموجب عن إيجابه في الفترة التي تقع بين الإيجاب والقبول، وقد رئي من المفيد أن يأخذ المشروع في هذه الحدود بنظرية الشريعة الإسلامية في اتحاد مجلس العقد.

(ب) أما إذا صدر الإيجاب لغائب فيبقىٰ الموجب مرتبطًا به إلىٰ أن ينقضي الميعاد الذي يتسع عادة لوصول القبول إليه، فيما لو كان قد أرسل هذا القبول دون إرجاء لا تبرره الظروف. وللموجب أن يفترض أن إيجابه قد وصل في الميعاد المقدر لوصوله».

مادة (80):

1- لا ينسب إلىٰ ساكت قول، ولكن السكوت في معرض الحاجة إلىٰ البيان يعتبر قبولًا.

2- ويعتبر السكوت قبولًا بوجه خاص في الأحوال الآتية:

(أ) إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف - تدل علىٰ أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحًا بالقبول، فإن العقد يعتبر قد تم إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب.

(ب) إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين، واتصل الإيجاب بهذا التعامل، وسكت من وجه إليه الإيجاب عن الرد.

(ج) إذا تمحض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه.

3- يعتبر سكوت المشتري بعد أن يتسلم البضائع التي اشتراها قبولًا لما ورد في قائمة الثمن من شروط.

الفقرة الأولىٰ من هذه المادة نص مستحدث يتضمن القاعدة والاستثناء فيما يتعلق بمدىٰ صلاحية السكوت للتعبير عن إرادة القبول، وهو مستمد من الفقه الإسلامي، وقد نصت عليه المادة (67) من المجلة، كما وردت تطبيقات لحكمه في مواد عديدة من المجلة (انظر: م 276، 438، 805، 1659)، (انظر كذلك: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص 78)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص 97، 98)).

وهذه الفقرة تطابق الفقرة الأولىٰ من المادة (81) من التقنين العراقي، والفقرة الأولىٰ من المادة (95) من التقنين الأردني، وتطابق في الجزء الأخير منها الفقرة الأولىٰ من المادة من التقنين المدني الكويتي.

أما الفقرة الثانية من المادة المقترحة فتقابل المادة (98) من التقنين الحالي، وتقابل الفقرة الثانية من المادة (81) من التقنين العراقي، والفقرة الثانية من المادة (95) من التقنين الأردني، والفقرة الثانية من المادة (44) من التقنين المدني الكويتي.

أما الفقرة الثالثة فتضيف تطبيقًا كان واردًا في نص المشروع التمهيدي للتقنين الحالي.

وما جاء في الفقرتين الثانية والثالثة يتضمن مجرد تطبيقات الاستثناء الوارد علىٰ القاعدة.

مادة (81):

1- لا يتم العقد ما لم يتفق الطرفان علىٰ كل المسائل التي تفاوضا فيها بشأن هذا العقد، أما الاتفاق علىٰ بعض هذه المسائل، فلا يكفي لإلزام الطرفين، حتىٰ لو أثبت هذا الاتفاق بالكتابة.

2- ومع ذلك إذا اتفق الطرفان علىٰ جميع المسائل الجوهرية في العقد، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد قد تم. وإذا قام خلاف علىٰ المسائل التي لم يتم يتفق عليها - فإن المحكمة تقضي فيها لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة.

الفقرة الأولىٰ من هذه المادة مستحدثة وكان المشروع التمهيدي للتقنين الحالي يتضمن نصًّا مطابقًا لهذه الفقرة، هو المادة (127)، ولكن حذفت هذه المادة في لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليها، وحكمها مسلم به في الفقه الإسلامي البدائع (ج 5/ ص136، 137)، ابن عابدين (ج4/ ص25). وقد نصت عليه الفقرة الأولىٰ من المادة (86) من التقنين العراقي، والفقرة الأولىٰ من المادة (100) من التقنين الأردني. والفقرة الثانية من المادة المقترحة تطابق المادة (95) من التقنين الحالي، والفقرة الثانية

من المادة (86) من التقنين العراقي، والفقرة الثانية من المادة (100) من التقنين الأردني، وتقابل المادة (52) من التقنين المدني الكويتي.

مادة (82):

1- يجب لانعقاد العقد أن يكون القبول مطابقًا للإيجاب.

2- فإذا اقترن القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه - اعتبر رفضًا يتضمن إيجابًا جديدًا.

الفقرة الأولىٰ من هذه المادة مستحدثة، وهي تطابق في حكمها المادة (85) من التقنين العراقي، والفقرة الأولىٰ من المادة (99) من التقنين الأردني، والفقرة الثانية من المادة (43) من التقنين المدني الكويتي، وحكمها مسلم به في الفقه الإسلامي (م 177- 180) من المجلة، البدائع (ج5/ ص136)، المختار (ج3/ ص4).

والفقرة الثانية من المادة المقترحة تطابق المادة (96) من التقنين الحالي، والفقرة الثانية من المادة (99) من التقنين الأردني، والفقرة الثانية من المادة (43) من التقنين المدني الكويتي، وحكمها مسلم به في الفقه الإسلامي البدائع (ج5/ ص136).

مادة (83):

1- يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك.

2- ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول.

هذه المادة تطابق المادة (97) من التقنين الحالي، والمادة (87) من التقنين العراقي، وتقابل المادة (101) من التقنين الأردني، والمادة (49) من التقنين المدني الكويتي.

انظر فيما يتعلق بأحكام الفقه الإسلامي في هذا الصدد: م (346) من مرشد الحيران، البدائع (ج5/ ص 137 و 138)، ابن عابدين (ج4/ ص 13- 15) وانظر فيما يتعلق

بنظرية العلم بالقبول: فتح القدير (ج5/ ص456). وراجع: عبد الرزاق السنهوري. مصادر الحق في الفقه الإسلامي (ج2/ ص50- 61).

مادة (84): لا يتم العقد في المزايدات إلا برسو المزاد، ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ولو كان باطلًا.

هذه المادة تطابق المادة (99) من التقنين الحالي، وتقابل المادة (89) من التقنين العراقي، والمادة (103) من التقنين الأردني.

ويقر الفقه الإسلامي بيع المزاد، ويسميه «بيع من يزيد». ويتفق حكم النص المقترح مع ما يقول به هذا الفقه (انظر: البدائع ج5/ ص232و 233)، الزيلعي (ج4/ ص67)، فتح القدير (ج5/ ص239 و241)، الحطاب (ج4/ ص237)، الفتاوىٰ الهندية (ج3/ ص210 و212)، البحر الرائق (ج6/ ص99)، المحلىٰ لابن حزم (ج8/ ص447- 449)، عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (ج2/ ص62- 77).

مادة (85): يعتبر التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب في عقد الإذعان قبولًا.

هذه المادة تقابل المادة (100) من التقنين الحالي، والمادة (104) من التقنين الأردني، والمادة (167) فقرة أولىٰ من التقنين العراقي، والمادة (80) من القانون الكويتي.

وعقد الإذعان هو العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري تكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها، وهذا العقد وليد التطور في الحياة الاقتصادية الحديثة، حيث ظهرت شركات الاحتكار للمرافق العامة والسلع الضرورية، ومن أمثلته عقد العمل في الصناعات الكبيرة، وعقد التأمين بأنواعه المختلفة، وعقد النقل مع مصلحة السكك الحديدية وشركات السيارات العامة وشركات البواخر وشركات الطيران، وعقد الاشتراك في المياه والنور والغاز والهاتف، والتعاقد مع مصلحة البريد والبرق.

ولذلك لا يتحدث الفقه الإسلامي عن عقد الإذعان، وإنما يتناول الفكرة الجوهرية التي يقوم عليها هذا العقد، وهي أَلَّا يحتكر الشخص سلعة ضرورية فيزيد من سعرها ويبيعها للناس بحسب هواه، فيرضخ الناس للسعر الذي يفرضه نظرًا إلىٰ حاجتهم الشديدة لهذه السلعة.

وقد حمل الفقه الإسلامي علىٰ الاحتكار وتناوله في صورتين كانتا مألوفتين في عهده، وهما بيع متلقىٰ السلع وبيع الحاضر للبادي (انظر في الاحتكار: الفتاوىٰ الهندية: (ج3/ ص 213و 214)، المدونة الكبرىٰ (ج10/ ص123)، القوانين الفقهية لابن جزي (ص 255، 256)، المهذب (ج1/ ص292)، المغني (ج 4/ ص 282و 283)، وانظر في بيع متلقي السلع أو الجلب أو الركبان وهو صورة من صور الاحتكار: البدائع (ج5/ ص232)، الجوهرة النيرة للجداوي في شرح مختصر القدوري (ج1/ ص106)، القوانين الفقهية لابن جزي (ص 259)، المهذب (ج1/ ص292)، وانظر في بيع الحاضر للبادي وهو أيضًا صورة من صور الاحتكار: البدائع (ج5/ ص232)، فتح القدير (ج5/ ص240)، المهذب (ج1/ ص291و292)، المغني (ج4/ ص280)، عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (ج2/ ص81-92).

ويتضح من هذا أن الشريعة الإسلامية تؤيد حماية الطرف المذعن في عقد الإذعان. وسنرىٰ فيما يلي من النصوص ما ينهض بهذه الحماية.

مادة (86):

1- الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل - لا ينعقد، إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها.

2- وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضًا في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد.

هذه المادة تطابق المادة (101) من التقنين الحالي، والمادة (91) من التقنين

العراقي، والمادة (105) من التقنين الأردني، وتقابل المادة (72) من التقنين المدني الكويتي (راجع في الشريعة الإسلامية أحمد إبراهيم، التزام التبرعات، مجلة القانون والاقتصاد (س 3 ص 51) وما بعدها).

مادة (87): إذا وعد شخص بإبرام عقد، وقاضاه المتعاقد الآخر طالبًا تنفيذ العقد، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وبوجه خاص ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم متىٰ حاز قوة الأمر المقضي مقام العقد.

هذه المادة تقابل المادة (102) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل، وقاضاه المتعاقد الآخر طالبًا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم متىٰ حاز قوة الشيء المقضي به مقام العقد».

وقد عدلت صياغة هذه المادة علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة؛ لإبراز أن العقد الموعود به ينعقد بمجرد أن يظهر الموعود له رغبته في التعاقد، إذ إن إبداء الرغبة يكون بمثابة قبول لإيجاب يتمثل في الوعد الذي يلتزم به الواعد، والذي يشتمل علىٰ جميع المسائل الجوهرية للعقد النهائي، ومن ثم يكون طلب المتعاقد الآخر منصبًّا علىٰ تنفيذ العقد، وليس علىٰ تنفيذ الوعد.

كما أدخلت تعديلات لفظية، فاستبدلت عبارة: «وبوجه خاص» بعبارة: «وبخاصة»، واستبدلت عبارة: «قوة الأمر المقضي» بعبارة: «قوة الشيء المقضىٰ به».

والمادة المقترحة تقابل المادة (106) من التقنين الأردني التي تطابق المادة (102) من التقنين المصري الحالي.

والسند الشرعي لها هو ذلك المبدأ الأساسي في الشريعة الإسلامية، الذي جاء في الآية الكريمة: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: 1].

مادة (88):

1- دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول

عنه خلال مدة معقولة، إلا إذا قضىٰ الاتفاق بغير ذلك.

2 – فإذا عدل من دفع العربون، فقده، وإذا عدل من قبضه، رده ورد مثله معه.

هذه المادة تقابل المادة (103) من التقنين الحالي.

وهي تقابل المادة (107) من التقنين الأردني، وتقابل المادة (92) من التقنين العراقي، وتقابل المادتين (75و 76) من التقنين المدني الكويتي.

وحكم العربون، وإن كان غير متفق عليه في الفقه الإسلامي إلا أن الإمام أحمد بن حنبل يجيز بيع العربون (انظر المغني (ج4/ ص58 و59) (وانظر رأيًا مخالفًا عند الإمام مالك: الموطأ (2/ ص 609 – 611). أما دلالة العربون في الفقه الإسلامي عند الشك،

هل هي للتعاقد أو لجواز العدول؟ فأمر يترك للعرف والعادة، ففي الفقه الإسلامي العادة محكمة (انظر: عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (ج2/ ص 96-102).

وقد أخذ في النص المقترح، كما هو الحكم في التقنين الحالي، بدلالة العدول، حيث يعتبر دفع العربون دليلًا علىٰ أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عن العقد خلال المدة التي يجوز له فيها ذلك «إلا إذا قضىٰ الاتفاق بغير ذلك».

مادة (89):

1– إذا تم العقد بطريق النيابة، كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر في وجود الإرادة، والتعبير عنها وعيوبها، وأثر العلم ببعض الظروف الخاصة، أو افتراض العلم بها حتمًا.

2– ومع ذلك إذا كان النائب وكيلًا ويتصرف وفقًا لتعليمات معينة صدرت له من موكله، كان محل الاعتبار عند النظر في الأمور المذكورة في الفقرة السابقة – هو شخص كل من الأصيل والنائب، وذلك بالقدر الذي أسهمت به إرادة كل منهما في إبرام العقد.

هذه المادة تقابل المادة (104) من التقنين الحالي، وهي تجرىٰ علىٰ النحو الآتي:

«1- إذا تم العقد بطريق النيابة، كان شخص النائب لا شخص الأصل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الإرادة، أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة، أو افتراض العلم بها حتمًا.

2- ومع ذلك إذا كان النائب وكيلًا ويتصرف وفقًا لتعليمات معينة صدرت له من موكله - فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو أو كان من المفروض حتمًا أن يعلمها».

وقد روعي في تعديل نص هذه المادة أن هناك حالات تنفرد فيها إرادة النائب بإبرام التصرف، كما هو الشأن في حالات النيابة القانونية وحالات الوكالة التي يكون دور الموكل فيها ثانويًّا، وتواجه الفقرة الأولىٰ من النص المقترح هذه الحالات، حيث يعتد بإرادة النائب وحده.

وهناك حالات لا يقوم فيها النائب إلا بدور ثانوي، كما هو الشأن في حالات الوكالة التي يكون دور الوكيل فيها ثانويًّا، حيث يعتد بإرادة الأصيل بصفة أساسية، وهناك حالات تتعاون إرادة الأصيل مع إرادة النائب، وحينئذ يعتد بإرادة كل من الأصيل والنائب في حدود القدر الذي أسهم به كل منهما في إبرام التصرف، والفقرة الثانية من النص المقترح تواجه هاتين الطائفتين الأخيرتين من الحالات.

ويؤخذ علىٰ الفقرة الثانية من النص الحالي أنها لا تأخذ بالفكرة الأساسية بصورتها الكاملة، فتقصر الحكم علىٰ حالات علم الأصيل ببعض الظروف، مع أن هذا يتنافىٰ مع غرض الشارع من النص ويناقض الفكرة التي يقوم عليها الحكم، ولهذا يجب في هذا النطاق أن يعتد بكل من الإرادتين في حدود القدر الذي أسهمت به كل منهما، سواء فيما يتعلق بشروط الإرادة، أو عيوبها، أو غير ذلك من الظروف التي تؤثر في صحة التصرف أو نفاذه.

والمادة (104) من التقنين الحالي تطابقها المادة (111) من التقنين الأردني، كما تطابقها في الحكم المادة (56) من التقنين المدني الكويتي.

ولم تظفر فكرة النيابة بتنظيم شامل إلا في التقنينات الحديثة، فلم ترد في التقنين

الفرنسي ولا في التقنينات العربية القديمة نظرية عامة للنيابة، وإنما وردت نصوص متفرقة أكثرها في خصوص الوكالة وهذا هو شأن الفقه الإسلامي حيث لم ترد فيه نظرية عامة للنيابة، وإنما جاءت فيه نصوص متفرقة أكثرها في الوكالة، ولما أقام التقنين الحالي نظرية عامة للنيابة نقلت عنه التقنينات العربية الحديثة، بما فيها التقنين الأردني، ما عدا التقنين العراقي، فقد اقتصر علىٰ إيراد فريق من النصوص في خصوص الوكالة.

غير أنه يلاحظ أن المبادئ التي تقوم عليها النظرية العامة للنيابة يقرها الفقه الإسلامي، إذ إن ما ورد فيه في خصوص الوكالة ليس سوىٰ تطبيقًا لهذه المبادئ.

مادة (90): إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقدًا باسم الأصيل، فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلىٰ الأصيل.

هذه المادة تطابق المادة (105) من التقنين الحالي، والمادة (112) من التقنين الأردني، والمادة (57) من التقنين الكويتي.

ونصت المادة (942) من التقنين العراقي علىٰ الحكم ذاته في خصوص عقد الوكالة، فقالت: إن «حقوق العقد تعود إلىٰ العاقد، فإذا تعاقد الوكيل مع الغير باسم الموكل وفي حدود الوكالة فإن العقد يقع للموكل وتعود كل حقوقه إليه».

انظر في خصوص عقد الوكالة: المجلة م (1460- 1462)، وانظر م (113) من التقنين الأردني.

مادة (91): إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبًا - فإن أثر العقد لا يضاف إلىٰ الأصيل دائنًا أو مدينًا، إلا إذا كان يستفاد من الظروف أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة، أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب.

هذه المادة تطابق المادة (106) من التقنين الحالي، فيما عدا استبدال عبارة: «يستفاد من الظروف» بعبارة: «المفروض حتمًا». وقد كانت العبارة المقترحة موجودة في النص في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي ولكن استبدلت بها العبارة الثانية في لجنة مجلس الشيوخ، مع أن العبارة الأولىٰ أدق في الدلالة علىٰ المعنىٰ المقصود.

وتطابق في حكمها المادة (58) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (943) من التقنين العراقي التي وردت في خصوص الوكالة، حيث تنص علىٰ أنه «إذا لم يعلن الوكيل وقت التعاقد مع الغير أنه يعمل بصفته وكيلًا – فلا يقع العقد للموكل، ولا تعود حقوقه إليه، إلا إذا كان يستفاد من الظروف أن من تعاقد معه الوكيل يعلم بوجود الوكالة، أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الوكيل أو الموكل، فله أن يرجع علىٰ أي من الموكل أو الوكيل، ولأيهما أن يرجع عليه».

وتقابل المادة (113) من التقنين الأردني التي تقول: «إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقدًا باسمه، فإن حكم العقد يرجع إلىٰ الأصيل، وتنصرف حقوق العقد إلىٰ النائب إلا إذا كان العاقد الآخر يعلم وقت التعاقد بوجود النيابة، فترجع الحقوق إلىٰ الأصيل، كل ذلك ما لم ينص القانون علىٰ خلافه».

انظر: مرشد الحيران م (279و 280)، المجلة م(1460و 1461و 1590و 1593).

مادة (92): إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معًا وقت العقد انقضاء النيابة – فإن أثر العقد الذي يبرمه، حقًّا كان أو التزامًا – يضاف إلىٰ الأصيل أو خلفائه.

هذه المادة تطابق المادة (107) من التقنين الحالي، والمادة (114) من التقنين الأردني.

وتطابق في حكمها المادة (948) من التقنين العراقي التي وردت في خصوص عقد الوكالة، فقالت إنه « لا يحتج بانتهاء الوكالة علىٰ الغير الحسن النية الذي تعاقد مع الوكيل قبل علمه بانتهائها». وتقابل المادة (60) من التقنين الكويتي.

مادة (93): لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه، سواء أكان التعاقد لحسابه أم لحساب شخص آخر، دون ترخيص من الأصيل، فإذا وقع هذا التعاقد، كان موقوفًا علىٰ إجازة الأصيل، وهذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضي به القانون أو قواعد التجارة.

هذه المادة تقابل المادة (108) من التقنين الحالي، التي تنص علىٰ أنه «لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه، سواء أكان التعاقد لحسابه أم لحساب شخص آخر، دون ترخيص من الأصيل، علىٰ أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد، كل هذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضي به القانون أو قواعد التجارة».

وقد عدلت هذه المادة علىٰ النحو المذكور في المتن، وذلك أخذًا بفكرة العقد الموقوف المعروف في الفقه الإسلامي، والعقد الموقوف ينشأ صحيحًا، ولكنه لا ينتج لآثاره فتظل هذه الآثار موقوفة إلىٰ أن ينقضي العقد فيبطل أو تلحقه الإجازة فينفذ، فإذا تعاقد الغائب مع نفسه انعقد العقد موقوفًا علىٰ إجازة الأصيل، وذلك علىٰ أساس أن الغائب قد جاوز حدود نيابته، فإذا أجاز الأصيل العقد نفذ، وإذا لم يجزه بطل.

والمادة المقترحة تقابل المادة (115) من التقنين الأردني التي تطابق المادة (108) من التقنين المصري الحالي.

وتقابل المادة (62) من التقنين الكويتي التي تتفق في حكمها مع المادة (108) من التقنين المصري الحالي، حيث تنص علىٰ أنه «لا يجوز للنائب بدون إذن خاص، أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه، ولو أجرىٰ هذا التعاقد لحساب شخص آخر غيره، فإذا حصل منه ذلك كان تصرفه غير نافذ في مواجهة الأصيل، ما لم يحصل إقراره، وذلك كله ما لم يقض القانون أو عرف التجارة بما يخالفه».

أما التقنين العراقي فلم يزد فيه نص عام في هذا الموضوع، وإنما اكتفىٰ الشارع فيه بتحريم التعاقد مع النفس في حالات معينة.

كذلك لم يرد في الفقه الإسلامي قاعدة عامة في هذا الخصوص، وإنما اقتصر الأمر فيه علىٰ تحريم التعاقد مع النفس في حالات معينة، (انظر: المادتين 1488و 1496 من المجلة)، والمواد (363 – 366) من مرشد الحيران).

مادة (94): كل شخص أهل للتعاقد، ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون.

هذه المادة تطابق المادة (109) من التقنين الحالي، والمادة (93) من التقنين العراقي، والمادة (116) من التقنين الأردني، وتطابق في حكمها المادة (84) من التقنين

الكويتي.

مادة (95): ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله، وتكون جميع تصرفاته باطلة.

هذه المادة تطابق المادة (110) من التقنين الحالي، والمادة (117) من التقنين الأردني، وتطابق في حكمها المادة (96) من التقنين العراقي، والمادة (86/ 1) من التقنين الكويتي.

وحكمها مستمد من الشريعة الإسلامية: م (966) من المجلة، وم(269) من مرشد الحيران.

مادة (96):

1- إذا كان الصبي مميزًا كانت تصرفاته المالية صحيحة متىٰ كانت نافعة نفعًا محضًا، وباطلة متىٰ كانت ضارة ضررًا محضًا.

2- أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر، فتكون موقوفة لمصلحة القاصر، ويزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد، أو إذا صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقًا للقانون.

هذه المادة تقابل المادة (111) من التقنين الحالي التي تقول:

«1- إذا كان الصبي مميزًا كانت تصرفاته المالية صحيحة متىٰ كانت نافعة نفعًا محضًا، وباطلة متىٰ كانت ضارة ضررًا محضًا».

«2- أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر، فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر، ويزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد، أو إذا صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقًا للقانون».

وقد عدلت الفقرة الثانية من هذه المادة الأخيرة بالأخذ بفكرة العقد الموقوف التي يقول بها الفقه الإسلامي بدلًا من فكرة العقد القابل للإبطال، فيكون تصرف الصبي

المميز الدائرة بين النفع والضرر - موقوفًا علىٰ إجازة وليه في الحدود التي يجوز فيها التصرف ابتداءً، أو إجازة المحكمة، أو إجازته هو بعد بلوغه سن الرشد.

وسنعرض فيما بعد للاعتبارات التي تدعو إلىٰ تفضيل فكرة العقد الموقوف التي يقول بها الفقه الإسلامي علىٰ فكرة العقد القابل للإبطال التي يأخذ بها التقنين الحالي.

والنص المقترح مستمد من الشريعة الإسلامية، وهو يطابق في حكمه المادة (97) فقرة أولىٰ من التقنين العراقي، والمادة (118) فقرة أولىٰ وثانية من التقنين الأردني، والمادة (967) من المجلة، والمادتين (270) و (271) من مرشد الحيران.

مادة (97): إذا بلغ الصبي المميز الثامنة عشر من عمره، وأذن له في تسلم أمواله لإدارتها - كانت أعمال الإدارة الصادرة منه صحيحة في الحدود التي رسمها القانون.

هذه المادة تطابق المادة (112) من التقنين الحالي، مع حذف عبارة: «أو تسلمها بحكم القانون» التي جاءت وفقًا لما كان يقضي به قانون المجالس الحسبية الصادر في سنة 1925، فقد كان هذا القانون يخول القاصر الذي بلغ الثامنة عشر الحق في تسلم أمواله وإدارتها بحكم القانون دون حاجة إلىٰ إذن، ما لم يمنع من التصرف، ثم جاء قانون المحاكم الحسبية الصادر في سنة 1947، ومن بعده قانون الولاية علىٰ المال الصادر في سنة 1952، فاشترط كلاهما الإذن.

وتقابل المادة (98) فقرة أولىٰ من التقنين العراقي التي تقول: «للولي - بترخيص من المحكمة - أن يسلم الصغير المميز إذا أكمل الخامسة عشر مقدارًا من ماله، ويأذن له في التجارة تجربة. ويكون الإذن مطلقًا أو مقيدًا».

وكذلك المادة (101) فقرة أولىٰ من التقنين العراقي التي تقول: «للمحكمة أن تأذن للصغير المميز عند امتناع الولي عن الإذن، وليس للولي أن يحجر عليه بعد ذلك».

كما تقابل المادة (119) فقرة أولىٰ من التقنين الأردني التي تنص علىٰ أن «للولي - بترخيص من المحكمة - أن يسلم الصغير المميز إذا أكمل الخامسة عشر مقدارًا من ماله ويأذن له في التجارة تجربة له. ويكون الإذن مطلقًا أو مقيدًا».

وكذلك المادة (122) فقرة أولىٰ من التقنين الأردني التي تنص علىٰ أن «للمحكمة أن تأذن للصغير المميز عند امتناع الولي عن الإذن، وليس للولي أن يحجر عليه بعد ذلك».

انظر: م (968) من المجلة وما يليها.

وتطابق في حكمها المادة (88) من التقنين الكويتي.

مادة (98): تحجر المحكمة علىٰ المجنون والمعتوه والسفيه وذي الغفلة، وترفع الحجر عنهم، وفقًا للقواعد والإجراءات المقررة في القانون.

هذه المادة تطابق المادة (113) من التقنين الحالي مع تعديلات لفظية طفيفة.

وهي تقابل المادة (94) من التقنين العراقي التي تقول: «الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذاتهم». وكذلك المادة (95) من هذا التقنين التي تقول: «تحجر المحكمة علىٰ السفيه وذي الغفلة، ويعلن الحجر بالطرق المقررة».

وتقابل المادة (127) من التقنين الأردني التي تقول: «1- الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذاتهم. 2- أما السفيه وذو الغفلة فتحجر عليهما المحكمة وترفع الحجر عنهما وفقًا للقواعد والإجراءات المقررة في القانون. 3- يبلغ قرار الحجر للمحجور، ويعلن للناس سببه، وتكون تصرفاته قبل ذلك نافذة».

وتقابل المادة (957) من المجلة التي تقول: «الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذاتهم». وكذلك المادة (958) من المجلة التي تقول: «للحاكم أن يحجر علىٰ السفيه».

وتقابل المادة (85) من التقنين الكويتي.

مادة (99):

1- يقع باطلًا تصرف المجنون والمعتوه، إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر.

2- أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر، فلا يكون باطلًا، إلا إذا كانت

حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد، أو كان الطرف الآخر علىٰ بينة منها.

هذه المادة تطابق المادة (114) من التقنين الحالي.

وتقابل المادة (107) من التقنين العراقي التي تقول: «المعتوه هو في حكم الصغير المميز». وكذلك المادة (108) من هذا التقنين التي تقول: «المجنون المطبق هو في حكم الصغير غير المميز، أما المجنون غير المطبق تصرفاته في حالة إفاقته كتصرفات العاقل».

وتقابل المادة (128) من التقنين الأردني التي تقول: «1- المعتوه هو في حكم الصغير المميز. 2- المجنون المطبق هو في حكم الصغير غير المميز، أما المجنون غير المطبق فتصرفاته في حالة إفاقته كتصرف العاقل».

وتقابل المواد (978و 979و 980) من المجلة، وهي تطابق نصوص التقنينين العراقي والأردني المذكورة، وتقابل المادة (269) من مرشد الحيران.

وتقابل المواد (88و 99و 100) من التقنين الكويتي.

مادة (100):

1- يسري علىٰ تصرف السفيه وذي الغفلة بعد تسجيل قرار الحجر - ما يسري علىٰ تصرفات الصبي المميز من أحكام.

2- أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر، فلا يكون باطلًا أو موقوفًا إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ.

هذه المادة تقابل المادة (115) من التقنين الحالي التي تقول:

«(1) إذا صدر تصرف من ذي الغفلة أو من السفيه بعد تسجيل قرار الحجر - سرىٰ علىٰ هذا التصرف ما يسري علىٰ تصرفات الصبي المميز من أحكام.

(2) أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلًا أو قابلًا للإبطال، إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ».

وقد عدلت الفقرة الأولىٰ من هذه المادة تعديلًا لفظيًّا علىٰ النحو الوارد في النص

المقترح.

وعدلت الفقرة الثانية من هذه المادة بالأخذ بفكرة العقد الموقوف التي يقول بها الفقه الإسلامي بدلًا من فكرة العقد القابل للإبطال.

فبعد تسجيل قرار الحجر يكون تصرف السفيه أو ذي الغفلة الدائر بين النفع والضرر - موقوفًا علىٰ إجازة القيم في الحدود التي يجوز له فيها التصرف ابتداءً أو إجازة المحكمة أو إجازته هو بعد رفع الحجر.

أما قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون هذا التصرف موقوفًا، إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ.

والمادة المقترحة تقابل المادة (109) فقرة أولىٰ من التقنين العراقي التي تقول: «السفيه المحجور هو في المعاملات كالصغير المميز».

ولكن ولي السفيه المحكمة أو وصيها فقط وليس لأبيه وجده ووصيهما حق للولاية عليه، أما تصرفات السفيه التي وقعت قبل الحجر عليه فهي كتصرفات غير المحجور، إلا إذا كان التصرف وقع غشًّا بطريق التواطؤ مع من تصرف له السفيه توقعًا للحجر»، وكذلك المادة (110) من هذا التقنين التي تقول: «ذو الغفلة حكمه حكم السفيه».

وتقابل المادة (129) من التقنين الأردني التي تقول:

1- يسري علىٰ تصرفات المحجور للغفلة أو السفه - ما يسري علىٰ تصرفات الصبي المميز من أحكام، ولكن ولي السفيه المحكمة أو من تعينه للوصاية عليه، وليس لأبيه أو جده أو وصيهما حق الولاية عليه.

2- أما تصرفاته قبل الحجر فمعتبرة، إلا إذا كانت نتيجة استغلال أو تواطؤ».

وتقابل المادة (101) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (990) من المجلة التي تقول: «السفيه المحجور هو في المعاملات كالصغير المميز، ولكن ولي السفيه الحاكم فقط وليس لأبيه وجده وأوصيائه عليه حق ولاية». وكذلك المادة (911) من المجلة التي تقول: «تصرفات السفيه التي تتعلق بالمعاملات القولية الواقعة بعد الحجر - لا تصح، لكن تصرفاته قبل الحجر كتصرفات

سائر الناس».

انظر: (273) من مرشد الحيران.

مادة (101):

1- يكون تصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف أو بالوصية - صحيحًا، متىٰ أذنته المحكمة في ذلك.

2- وتكون أعمال الإدارة الصادرة من المحجور عليه لسفه أو غفلة، المأذون له بتسلم أمواله - صحيحة، في الحدود التي رسمها القانون.

هذه المادة تقابل المادة (116) من التقنين الحالي، مع تعديل الفقرة الثانية بحيث يشمل حكمها المحجور عليه للغفلة أسوة بالمحجور عليه للسفه؛ ليتسق حكمها مع حكم المادة (67) من القانون رقم (119) لسنة 1952 الخاص بأحكام الولاية علىٰ المال، وهي تنص علىٰ أنه «يجوز للمحجور عليه للسفه أو للغفلة أو بإذن من المحكمة - أن يتسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها، وفي هذه الحالة تسري عليه الأحكام التي تسري في شأن القاصر المأذون».

وتطابق في حكمها المادة (130) من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي:

1- يكون تصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف أو بالوصية - صحيحًا، متىٰ أذنته المحكمة في ذلك.

2- وتكون أعمال الإدارة الصادرة عن المحجور عليه لسفه المأذون له بتسلم أمواله

- صحيحة في الحدود التي رسمتها الجهة التي أصدرت الإذن».

وتقابل الفقرة الثانية من المادة (109) من التقنين العراقي التي تنص علىٰ أنه «تصح وصايا السفيه بثلث ماله». وكذلك المادة (110) من هذا التقنين التي تنص علىٰ أن «ذو الغفلة حكمه حكم السفيه».

وتقابل المواد (102و 103و 104) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (273) من مرشد الحيران التي تنص علىٰ أن المحجور عليه حجرًا

قضائيًّا لسفه تصح تصرفاته في وصاياه بالقرب من ثلث ماله إن كان له وارث.

مادة (102):

1- إذا كان الشخص أصم أبكم، أو أعمىٰ أصم، أو أعمىٰ أبكم، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته. أو كان يخشىٰ من انفراده بمباشرة التصرف في ماله بسبب عجز جسماني شديد - جاز للمحكمة أن تعين له مساعدًا قضائيًّا يعاونه في التصرفات التي تقتضي مصلحته فيها ذلك.

2- فبعد تسجيل قرار المساعدة، إذا صدر من الشخص الذي تقررت مساعدته قضائيًّا أي تصرف من التصرفات التي تقررت المساعدة فيها بغير معاونة المساعد - كان هذا التصرف موقوفًا علىٰ إجازة المساعد أو المحكمة.

هذه المادة تقابل المادة (117) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- إذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمىٰ أصم، أو أعمىٰ أبكم، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته - جاز للمحكمة أن تعين له مساعدًا قضائيًّا يعاونه في التصرفات التي تقتضي مصلحته فيها ذلك.

2- ويكون قابلًا للإبطال كل تصرف من التصرفات التي تقررت المساعدة القضائية فيها، متىٰ صدر من الشخص الذي تقررت مساعدته قضائيًّا بغير معاونة المساعد، إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار المساعدة».

وقد أدخل على هذه المادة الواردة في التقنين الحالي التعديلات الآتية:

أولًا: أضيف إلىٰ الفقرة الأولىٰ الحالة التي يخشىٰ فيها من انفراد الشخص بمباشرة التصرف في ماله بسبب عجز جسماني شديد، وذلك حتىٰ يتسق النص المقترح مع نص المادة (70) من قانون الولاية علىٰ المال، الذي يتناول هذه الحالة إلىٰ جانب حالة الإصابة بعاهتين من العاهات الثلاثة المذكورة.

ثانيًا: عدلت الفقرة الثانية بما يتفق مع الأخذ بفكرة العقد الموقوف التي يقول بها الفقه الإسلامي بدلًا من فكرة العقد القابل للإبطال التي يأخذ بها التقنين الحالي.

والمادة المقترحة تقابل المادة (104) من التقنين العراقي التي تنص علىٰ أنه «إذا

كان الشخص أصم أبكم أو أعمىٰ أصم أو أعمىٰ أبكم وتعذر بسبب ذلك التعبير عن إرادته

- جاز للمحكمة أن تنصب عليه وصيًّا وتحدد تصرفات هذا الوصي».

وتقابل المادة (132)من التقنين الأردني التي تنص علىٰ أنه «إذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمىٰ أصم أو أعمىٰ أبكم وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته - جاز للمحكمة أن تعين له وصيًّا يعاونه في التصرفات التي تقتضي مصلحته فيها ذلك».

وتقابل المواد (107و 108و 109) من التقنين الكويتي.

مادة (103): إذا كان طلب الحجر أو المساعدة القضائية قد سجل قبل تسجيل قرار الحجر أو المساعدة - ترتب علىٰ تسجيل الطلب ما يترتب علىٰ تسجيل القرار من أحكام.

هذا نص مستحدث، وقد قصد من إيراده إعمال حكم المادتين (1026و 1028) من تقنين المرافعات، حيث تجيز الأولىٰ تسجيل طلبات الحجر والمساعدة القضائية، وترتب الثانية علىٰ تسجيل الطلب ما يترتب علىٰ تسجيل القرار في تطبيق أحكام القانون المدني.

مادة (104): التصرفات الصادرة من الأولياء والأوصياء والقوام، تكون صحيحة في الحدود التي رسمها القانون.

هذه المادة تطابق المادة (118) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (133) من التقنين الأردني.

مادة (105): يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد، وهذا مع عدم الإخلال بإلزامه بالتعويض، إذا لجأ إلىٰ طرق احتيالية ليخفي نقص أهليته.

وهذه المادة تطابق المادة (119) من التقنين الحالي.

وتطابق في حكمها المادة (134) من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي:

«1- يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد.

2- غير أنه إذا لجأ إلىٰ طرق احتيالية لإخفاء نقص أهليته لزمه التعويض».

وتطابق في حكمها المادة (97) من التقنين الكويتي.

مادة (106):

1- يكون الغلط جوهريًّا، بفوات الوصف المرغوب فيه، إذا بلغ حدًّا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط.

2- فيكون العقد موقوف النفاذ:

(أ) إذا وقع الغلط في صفة للشيء تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين، أو يجب اعتبارها كذلك؛ لما يلابس العقد من ظروف، ولما يجب في التعامل من حسن النية.

(ب) إذا وقع الغلط في ذات المتعاقد، أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد.

(ج) إذا وقع الغلط في أمور تبيح نزاهة المعاملات، للمتعاقد الذي يتمسك بالغلط أن يعتبرها ضرورية للعقد.

هذه المادة تقابل المادة (121) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- يكون الغلط جوهريًّا إذا بلغ حدًّا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط.

2- ويعتبر الغلط جوهريًّا على الأخص:

(أ) إذا وقع في صفة للشيء تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين، أو يجب اعتبارها كذلك؛ لما يلابس العقد من ظروف، ولما يجب في التعامل من حسن النية.

(ب) إذا وقع في ذات المتعاقد أو صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد».

وقد أدخلت على هذه المادة التعديلات الآتية:

(1) أضيف إلىٰ الفقرة الأولىٰ معيار الغلط الذي يقول به الفقه الإسلامي كمرادف للغلط الجوهري، وهو فوات الوصف المرغوب فيه، وبذلك يخضع معيار الغلط للتحديد الدقيق الذي تقول به النظرية الحديثة في الغلط علىٰ النحو الوارد في هذه الفقرة.

وطبقًا لما يقول به الفقه الإسلامي، فإن فوات الوصف المرغوب فيه قد تدل عليه الإرادة الصريحة في العقد، أو الملابسات وظروف الحال أو طبائع الأشياء أو العرف (انظر: الفتاوىٰ الهندية (ج3/ ص140، 141)، البدائع (ج5/ ص140و 273و 274و 292و 335)، فتح القدير (ج5/ ص151و 201و 206)، المبسوط (ج13/ ص12و 13)، البحر الرائق (ج6/ ص 205)، عبد الرزاق السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي (ج2/ ص111- 156). وهذا ما ذكرته المادة (151) من التقنين الأردني، وهو يدخل جميعه في نطاق الدلالات التي وردت في البنود (أ و ب و جـ) من الفقرة الثانية للنص المقترح.

(2) صيغت العبارة الأولىٰ من الفقرة الثانية علىٰ نحو يخالف ما جاء في نص التقنين الحالي، فعبارة هذا النص تدل علىٰ أن ما ورد ذكره بعدها هو مجرد أمثلة لحالات الغلط، بينما العبارة المقترحة يفهم منها حصر حالات الغلط. في البنود التالية. وقد روعي في هذه الصياغة الأخذ بفكرة العقد الموقوف.

(3) أضيف بند ثالث (جـ) للبندين الواردين في نص التقنين الحالي، وقد جاء هذا البند في نص المشروع التمهيدي للتقنين الحالي، ولكنه حذف؛ لأن ذكر الحالة الواردة فيه مع الحالتين السابقتين يكاد يحيط بكل حالات الغلط، فلا يصبح هناك معنًىٰ لإيراد الفقرة الثانية من النص علىٰ سبيل التمثيل، لا سيما وأن الحالة المحذوفة مستفاد حكمها مما ورد في البند الأول.

ومع ذلك رئي إضافة هذا البند لتأكيد أن ثمة حالتين للغلط غير تلك التي وردت في البندين (أ و ب)، وهما حالة الغلط في القيمة وحالة الغلط في الباعث.

والمادة المقترحة يقابلها المادتان (117) و (118) من التقنين المدني العراقي، فالمادة (117) من هذا التقنين تجمع بين الغلط المانع من انعقاد العقد والغلط الذي يجعل العقد موقوفًا علىٰ إجازة العاقد، حيث تنص علىٰ ما يأتي:

«1- إذا وقع غلط في محل العقد وكان مسمًّىٰ ومشارًا إليه، فإن اختلف الجنس تعلق العقد بالمسمىٰ وبطل لانعدامه، وإن اتحد الجنس واختلف الوصف، فإن كان الوصف مرغوبًا فيه تعلق العقد بالمشار إليه وينعقد لوجوده إلا أنه يكون موقوفًا علىٰ

إجازة العاقد.

2- فإذا بيع هذا الفص علىٰ أنه ياقوت فإذا هو زجاج - بطل البيع، ولو بيع هذا الفص ليلًا علىٰ أنه ياقوت أحمر فظهر أصفر، أو بيعت البقرة علىٰ أنها حلوب فظهرت غير حلوب - يكون البيع موقوفًا علىٰ إجازة المشتري».

وهذه المادة تطابق في حكمها المادة (301) من مرشد الحيران، والمادتين (208) و(310) من المجلة.

والمادة (118) من التقنين العراقي تطابق في حكمها المادة المقترحة، حيث تنص علىٰ ما يأتي:

لا عبرة بالظن البين خطؤه، فلا ينفذ العقد:

«1- إذا وقع غلط في صفة للشيء تكون جوهرية في نظر المتعاقدين، أو يجب اعتبارها كذلك للظروف التي تم فيها العقد، ولما ينبغي في التعامل من حسن النية.

2- إذا وقع غلط في ذات المتعاقد، أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الوحيد أو السبب الرئيسي في التعاقد.

3- إذا وقع غلط في أمور تبيح نزاهة المعاملات للمتعاقد الذي يتمسك بالغلط أن يعتبرها عناصر ضرورية للتعاقد».

وفي التقنين الأردني يقابل المادة المقترحة المواد (151و 152و 153) فالمادة (151) من هذا التقنين تنص علىٰ أنه «لا يعتبر الغلط إلا فيما تضمنته صيغة العقد أو دلت عليه الملابسات وظروف الحال أو طبائع الأشياء أو العرف».

والمادة (152) من هذا التقنين تتناول الغلط المانع من انعقاد العقد، حيث تنص علىٰ أنه «إذا وقع الغلط في ماهية العقد، أو في شرط من شروط الانعقاد، أو في المحل - بطل العقد».

والمادة (153) من هذا التقنين تتناول الغلط الذي يخول العاقد خيار الفسخ، حيث تنص علىٰ أن «للعاقد فسخ العقد إذا وقع منه غلط في أمر مرغوب: كصفة في المحل، أو ذات المتعاقد، أو صفة فيه».

ويتضح من هذه النصوص أن أحكام الغلط في التقنين العراقي والتقنين الأردني، وهما

التقنينان اللذان حرصا علىٰ الأخذ من الشريعة الإسلامية - تتفق في الجملة مع ما تقضي به المادة المقترحة، فالمادة (118) من التقنين العراقي تطابق في حكمها المادة المقترحة، والمادة (153) من التقنين الأردني ذكرت الحالات الواردة في البندين (أ و ب) من المادة المقترحة علىٰ سبيل التمثيل.

ويلاحظ في هذا الصدد أن نصوص الفقه الإسلامي تتناول نوعين من الغلط:

النوع الأول: هو الغلط المانع الذي يمنع انعقاد العقد، فيكون العقد باطلًا وذلك حين يقع الغلط في جنس الشيء بأن يكون المعقود عليه من جنس غير الذي اعتقده أحد العاقدين، حيث يكون المحل معدومًا، كمن يبيع ماسًا فإذا هو زجاج، وحين يتحد الجنس ولكن يتفاحش التفاوت في المنفعة، بأن يكون التفاوت بين حقيقة المعقود عليه وما أراده العاقد فاحشًا، كمن يبيع دارًا من آجر فإذا بها من لبن.

والنوع الثاني: هو الغلط الذي لا يمنع من انعقاد العقد، فيكون العقد صحيحًا نافذًا ولكنه غير لازم، حيث يكون للعاقد خيار الفسخ، إن شاء فسخ العقد، وإن شاء أمضاه، وذلك حين يتحدد الجنس ولكن تتفاوت المنفعة دون تفاحش في التفاوت، فيقتصر الأمر علىٰ فوات وصف مرغوب فيه، كمن يبيع ياقوتًا أحمر فإذا هو أصفر، أو يقع غلط في ذاتية الشخص أو صفة جوهرية فيه إذا كانت هذه أو تلك محل الاعتبار.

(انظر المراجع التي تقدمت الإشارة إليها).

وقد جمع التقنين العراقي في نصوصه - كما رأينا - بين الغلط المانع من انعقاد العقد، والغلط الذي لا يمنع من وجود العقد، ولكن يجعله موقوفًا علىٰ إجازة العاقد، فجاءت المادة (117) منه في هذا المعنىٰ مطابقة في حكمها لما تنص عليه المادة (301) من مرشد الحيران، والمادتان (208و 310) من المجلة، مع أخذه بفكرة العقد الموقوف بدلًا من فكرة خيار الفسخ، ولكنه مع ذلك أراد التوفيق ما بين أحكام الفقه الإسلامي وأحكام التقنين المصري الحالي، فأخذ إلىٰ جانب هذه النصوص بالنظرية الحديثة في الغلط التي تقوم علىٰ فكرة الغلط الجوهري، كما هو واضح من النصوص السالفة الذكر.

أما التقنين المدني الأردني فقد جمع في نصوصه بين الغلط المانع الذي يجعل العقد

باطلًا والغلط الذي لا يمنع من وقوع العقد صحيحًا، ولكن يكون للعاقد فيه خيار الفسخ، دون أن يشير صراحة إلىٰ فكرة الغلط الجوهري.

وجدير بالذكر أن التركيز في هذا البيان علىٰ التقنين العراقي والتقنين الأردني إنما يرجع إلىٰ أنهما التقنينان العربيان اللذان أخذا من الشريعة الإسلامية بقدر وفير، أما التقنينات العربية الأخرىٰ: كالتقنين المدني السوري والتقنين المدني الليبي - فنصوصها مطابقة للتقنين المصري.

وقد رئي في النصوص المقترحة في موضوع الغلط، وهي تطابق في الجملة التقنين الحالي، استبعاد النص علىٰ الغلط المانع؛ لأنه ينصب علىٰ طبيعة العقد أو علىٰ ركن فيه، وهذا النوع من الغلط يعدم الإرادة، فحقيقته أن توافق الإرادتين لم يتم في شأن ركن من أركان العقد، فيكون ركن التراضي غير موجود، ومن ثم يقع العقد باطلًا.

فنحن في هذا المقام بصدد غلط يعيب الإرادة ولا يمس وجودها، فلا يمنع من وجود العقد صحيحًا، وإنما يكون من شأنه فحسب أن يجعل العقد موقوفًا علىٰ إجازة العاقد.

ولعلَّ في وقوفنا عند فكرة الغلط الجوهري الذي تقوم عليها النظرية الحديثة في الغلط، وهي الفكرة التي يأخذ بها التقنين الحالي، ما يكفل الإفادة من التقدم العلمي في عصرنا، حيث إن المعيار ذاتي، فهو يقوم علىٰ تقدير المتعاقد لأمر معين يكون هو الدافع الرئيسي إلىٰ التعاقد، سواء انصب الغلط علىٰ صفة جوهرية في الشيء، أو ذات المتعاقد أو صفة فيه إذا كانت هذه أو تلك محل اعتبار، أو قيمة الشيء أو الباعث علىٰ التعاقد، وتعتبر هذه الشمولية مرحلة تقدمية بالنسبة إلىٰ المراحل السابقة التي مرت بها فكرة الغلط، وإن كان الفقه الإسلامي لا يعرض للغلط في القيمة إلا عن طريق الغبن، ثم هو لا يعتد بالغبن إلا إذا صحبه تغرير أو تدليس.

ففكرة الغلط الجوهري بهذا المعنىٰ وهذا الشمول ليست سوىٰ تحديد دقيق للمعيار الذي يأخذ به الفقه الإسلامي، وهو فوات الوصف المرغوب فيه في ضوء ما تدل عليه الإرادة الصريحة في العقد أو الملابسات وظروف الحال أو طبائع الأشياء أو العرف.

مادة (107): يكون العقد موقوف النفاذ لغلط في القانون، إذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقًا للمادة السابقة، ما لم يقض القانون بغير هذا.

هذه المادة تقابل المادة (122) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ أنه «يكون العقد قابلًا للإبطال لغلط في القانون، إذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقًا للمادتين السابقتين، هذا ما لم يقض القانون بغيره».

وقد عدلت هذه المادة بالأخذ بفكرة العقد الموقوف بدلًا من فكرة العقد القابل للإبطال، وإدخال تعديل لفظي في نهاية النص.

وسنعرض فيما بعد للاعتبارات التي تدعو إلىٰ تفضيل فكرة العقد الموقوف التي يقول بها الفقه الإسلامي علىٰ فكرة العقد القابل للإبطال التي يأخذ بها التقنين الحالي.

والمادة المقترحة تقابل المادة (154) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ أن «للعاقد فسخ العقد إذا وقع منه غلط في القانون، وتوافرت شروط الغلط في الواقع طبقًا للمادتين (151و 153) ما لم يقض القانون بغيره».

مادة (108): لا يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط أن يتمسك به، إلا إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط، أو كان علىٰ علم، أو كان من المفروض حتمًا أن يتبينه.

هذه المادة تطابق في حكمها المادة (120) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ أنه «إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له أن يطلب إبطال العقد، إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط، أو كان علىٰ علم به، أو كان من السهل عليه أن يتبينه».

وقد أدخل علىٰ هذه المادة تعديل لفظي في صدرها، كما استبدلت في نهايتها عبارة «أو كان من المفروض حتمًا أن يتبينه» بعبارة: «أو كان من السهل عليه أن يتبينه، إذ ليس هناك ما يبرر اختلاف هذه العبارة عن مثيلتها في خصوص التدليس والإكراه. ويظهر أن سبب اختلاف العبارة أن لجنة مجلس الشيوخ حينما عدلت نص التدليس والإكراه في مشروع التقنين الحالي - سها عليها أن تجري التعديل ذاته في النص الخاص بالغلط، مع

أنه لا يوجد ما يبرر التشدد في استخلاص العلم في التدليس والإكراه عنه في الغلط، بل العكس هو الأولىٰ.

والمادة المقترحة تطابق في حكمها المادة (119) من التقنين العراقي.

وتطابق في حكمها (147/ 1) من التقنين الكويتي.

مادة (109):

1- ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به علىٰ وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية.

2- ويبقىٰ بالأخص ملزمًا بالعقد الذي قصد إبرامه، إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد.

هذه المادة تطابق المادة (124) من التقنين الحالي، والمادة (156) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (149) من التقنين الكويتي.

مادة (110): لا يؤثر في نفاذ العقد مجرد الغلط في الحساب أو الكتابة، ولكن يجب تصحيح هذا الغلط.

هذه المادة تقابل المادة (123) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ أنه «لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب، ولا غلطات القلم، ولكن يجب تصحيح الغلط».

وقد عدلت هذه المادة بما يتفق مع فكرة العقد الموقوف، وذلك باستبدال كلمة: «نفاذ» بعبارة: «صحة العقد»، كما عدلت تعديلًا لفظيًّا باستبدال عبارة: «أو الكتابة» بعبارة: «ولا غلطات القلم»، كي تستوعب العبارة المقترحة كل صور الغلط المادي. وأضيفت كلمة: «هذا» قبل كلمة: «الغلط» الواردة في نهاية النص.

والمادة المقترحة تطابق المادة (120) من التقنين العراقي، والمادة (155) من التقنين الأردني، وتقابل المادة (150) من التقنين الكويتي.

مادة (111):

1- يكون العقد موقوف النفاذ للتدليس، سواء أكان قوليًّا أم فعليًّا، إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الآخر العقد.

2- ويعتبر تدليسًا السكوت عمدًا عن واقعة أو ملابسة، إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة.

هذه المادة تقابل المادة (125) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد.

2- ويعتبر تدليسًا السكوت عمدًا عن واقعة أو ملابسة، إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة».

وقد أدخلت علىٰ الفقرة الأولىٰ من هذه المادة تعديلات ثلاثة: الأول: ذكر عبارة: «يكون العقد موقوف النفاذ» في صدر الفقرة أخذًا بفكرة العقد الموقوف، والثاني: إضافة عبارة: «سواء أكان قوليًّا أم فعليًّا» بعد لفظ: «للتدليس» محاكاة للفقه الإسلامي الذي يقسم التدليس إلىٰ تدليس فعلي وتدليس قولي، والثالث: إبدال لفظ: «الآخر» في نهاية الفقرة بلفظ: «الثاني».

والمادة المقترحة يقابلها في التقنين العراقي المادتان (121) و (123)، فالمادة (121) من هذا التقنين تنص علىٰ ما يأتي:

«1- إذا غرر أحد المتعاقدين بالآخر وتحقق أن في العقد غبنًا فاحشًا - كان العقد موقوفًا علىٰ إجازة العاقد المغبون، فإذا مات من غرر بغبن فاحش تنتقل دعوىٰ التغرير لوارثه.

2- ويعتبر تغريرًا عدم البيان في عقود الأمانة التي يجب التحرز فيها عن الشبهة بالبيان، كالخيانة في المرابحة والتولية والإشراك والوضيعة».

والمادة (123) من هذا التقنين تنص على ما يأتي:

«يرجع العاقد المغرور بالتعويض إذا لم يصبه إلا غبن يسير أو أصابه غبن فاحش،

وكان التغرير لا يعلم به العاقد الآخر، ولم يكن من السهل عليه أن يعلم به، أو كان الشيء قد استهلك قبل العلم بالغبن أو هلك أو حدث فيه عيب أو تغيير جوهري، ويكون العقد نافذًا في جميع هذه الأحوال».

ويقابل المادة المقترحة في التقنين الأردني المواد (143و 144و 145و 150).

فالمادة (143) من هذا التقنين تطابق في حكمها الفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة، حيث تنص علىٰ أن «التغرير هو أن يخدع أحد العاقدين الآخر بوسائل احتيالية قولية أو فعلية تحمله علىٰ الرضا بما لم يكن ليرضىٰ به بغيرها».

والمادة (144) من هذا التقنين تطابق في حكمها الفقرة الثانية من المادة المقترحة، حيث تنص علىٰ أنه «يعتبر السكوت عمدًا عن واقعة أو ملابسة تغريرًا، إذا ثبت أن المغرور ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة».

والمادة (145) من هذا التقنين تنص علىٰ أنه «إذا غرر أحد العاقدين بالآخر وتحقق أن العقد تم بغبن فاحش - كان لمن غرر به فسخ العقد».

والمادة (150) من هذا التقنين تنص علىٰ أنه «يسقط الحق في الفسخ بالتغرير والغبن الفاحش، ويلزم العقد بموت من له الحق في الفسخ وبالتصرف في المعقود عليه كله أو بعضه تصرفًا يتضمن الإجازة وبهلاكه عنده واستهلاكه و تعيبه وزيادته».

ويستعمل الفقه الإسلامي في هذا الصدد لفظ «التغرير»، ويستعمل في بعض المواطن لفظ «التدليس»، ولكنه لا يعتد بالتدليس إلا إذا اقترن به غبن، وفي هذا المعنىٰ نصت المادة (356) من المجلة علىٰ أنه «إذا وجد غبن فاحش في البيع ولم يوجد تغرير، فليس للمغبون أن يفسخ البيع».

ونصت المادة (357) علىٰ أنه «إذا أغر أحد المتبايعين الآخر، وتحقق أن في البيع غبنًا فاحشًا فللمغبون أن يفسخ البيع حينئذ». ونصت المادة (300) من مرشد الحيران علىٰ أن «الغبن الفاحش لا يفسد العقد، ولا يوجب حق فسخه للمغبون، إلا إذا كان فيه تغرير...». (انظر كذلك المادة (121/ 1) عراقي، والمادة (145) أردني السالف ذكرهما).

ويحيط الفقه الإسلامي إحاطة تامة بجميع النواحي التي يثيرها موضوع التدليس.

فهو يتناول التغرير باستعمال طرق احتيالية، ومن أمثلة ذلك تصرية الإبل والبقر والغنم لينتفخ ضرعها فيتوهم المشتري أنها كثيرة اللبن، وحبس ماء القناة وماء الرحىٰ المرسل كل منهما عند البيع أو الإجارة كي يتوهم المشتري والمستأجر كثرته (انظر: ابن عابدين: (ج4/ ص149)، نهاية المحتاج إلىٰ شرح المنهاج للرملي: (ج4/ ص73، 74)، عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي: (ج2/ ص661- 166).

ويتناول التغرير عن طريق الكذب. من ذلك يعتبر مجرد الكذب خديعة وتغريرًا في عقود الأمانة التي يقال لها بياعات الأمانة. حيث يطمئن المشتري إلىٰ أمانة البائع فيشتري منه علىٰ أساس الثمن الذي اشترىٰ به السلعة، فإذا بيعت السلعة علىٰ أن يزاد قدر معلوم من الربح إلىٰ الثمن الأصلي سمي البيع مرابحة، وإذا بيعت علىٰ أن ينقص قدر معلوم من هذا الثمن سمي البيع وضيعة. وإذا بيعت بثمنها الأصلي سمي البيع تولية إذا أخذ المشتري كل السلعة، وسمي اشتراكًا إذا أخذ المشتري جزءًا منها، ففي هذه العقود إذا كذب البائع في بيان الثمن الأصلي، كان هذا الكذب خيانة وتغريرًا (م 121/ 2) عراقي، البدائع (ج5/ ص223)، المدونة (ج10/ ص59- 62)، المهذب (ج1/ ص288- 290). ومن أمثلة عقود الأمانة في العصر الحاضر عقود التأمين، حيث لا يجوز للمؤمن عليه أن يكذب في بيان يعطيه للشركة أو أن يكتم أمرًا له تأثير في التعاقد (عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (ج2/ ص166- 174). ومن هذا القبيل أيضًا في الفقه الإسلامي بيع الاسترسال والاستئمان، حيث يبين العاقد أن لا دراية له بسعر السوق، فيستأمن المتعامل معه ويسترسل إلىٰ نصحه، ويطلب إليه أن يبيع منه أو يشتري بما تبيع الناس أو تشتري به، فإذا كذب عليه المتعامل معه فإن هذا الكذب يعتبر غشًّا وتدليسًا يوجب للعاقد المغبون خيار الرد (الحطاب (ج4/ ص470)، عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (ج2/ ص175، وما بعدها).

كذلك يتناول الفقه الإسلامي التغرير عن طريق الكتمان، من ذلك: أنه في بياعات الأمانة لا يجوز للبائع مرابحة أن يقتصر علىٰ ذكر الثمن الأصلي، ويكتم بيانًا من شأنه أن يؤثر في قيمة المبيع، كما لو اشترىٰ نسيئة ويبيع نقدًا، حيث يعتبر هذا الكتمان خيانة وتدليسًا.

ومن هذا القبيل أيضًا: أن يعمد البائع إلىٰ إخفاء عيب في المبيع بأن يكتمه عن المشتري.

ويتناول الفقه الإسلامي أيضًا التغرير الصادر من الغير، ما دام هذا الغير متواطئًا مع العاقد الذي يفيد من التدليس، من ذلك: الناجش، وهو رجل يتواطأ مع صاحب سلعة يبيعها بالمزاد ليغالي في السلعة حتىٰ يبلغها أكثر من قيمتها. ومن ذلك أيضًا: التدليس الصادر من الدلال. وقد نصت المادة (532) من مرشد الحيران علىٰ أنه «لا رد في غبن فاحش في البيع إلا إذا غر أحد المتبايعين الآخر أو غره الدلال...».

ويتضح من هذا العرض أن الفقه الإسلامي في إحاطته بالنواحي المختلفة التي يثيرها موضوع التدليس - قد وصل إلىٰ مدىٰ يداني ما وصل إليه فقه القانون الحديث، غير أن هناك اختلافًا بين الفقهين في خصوص معيار التدليس. ففقه القانون الحديث يقف عند معيار أو حد للتدليس، هو المعيار الذاتي الذي مقتضاه أن يكون التدليس هو الدافع إلىٰ التعاقد. بينما يقرن الفقه الإسلامي بهذا المعيار الذاتي معيارًا موضوعيًّا، هو أن يقترن بالتدليس غبن. وصحيح أن الغبن قد يتحقق في فريق من حالات التدليس، ولكن التدليس قد يوجد وحده دون غبن، فيدفع العاقد إلىٰ تعاقد لا مصلحة له فيه، وما كان ليقدم عليه لولا الحيلة التي استعملت معه لدفعه إلىٰ التعاقد؛ ولهذا يعتبر التدليس في حد ذاته فعلًا ضارًّا يخول الحق في المطالبة بالتعويض، فضلًا عن طلب إبطال العقد. ومن ثم فالاقتصار علىٰ المعيار الذاتي في هذا الخصوص - من شأنه أن يوفر حماية أكبر للمتعاقد المدلس عليه، ولهذا رئي الوقوف في النصوص المقترحة عند المعيار الذاتي وحده، وهو ما يأخذ به التقنين الحالي.

والمادة المقترحة تطابق في حكمها المواد (151و 152و 153/ 1) من التقنين الكويتي، وذلك فيما عدا أن هذا التقنين يأخذ بفكرة العقد القابل للإبطال.

مادة (112): إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فلا يتوقف العقد، ما لم يثبت المتعاقد المدلس عليه أن المتعاقد الآخر كان يعلم، أو كان من المفروض حتمًا أن يعلم بهذا التدليس.

هذه المادة تطابق المادة (126) من التقنين الحالي، مع تعديل هذه الأخيرة بما يفيد

توقف العقد بدلًا من اعتباره قابلًا للإبطال، حيث تنص علىٰ أنه «إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب الإبطال، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتمًا أن يعلم بهذا التدليس».

وتطابق في حكمها المادة (122) من التقنين العراقي، التي تنص علىٰ «أنه إذا صدر التغرير من غير المتعاقدين، فلا يتوقف العقد إلا إذا ثبت للعاقد المغبون أن العاقد الآخر كان يعلم، أو كان من السهل عليه أن يعلم بهذا التغرير وقت إبرام العقد».

وتقابل المادة (148) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ أنه «إذا صدر التغرير من غير المتعاقدين، وأثبت المغرور أن المتعاقد الآخر كان يعلم بالتغرير وقت العقد - جاز له فسخه».

وتقابل المادة (153/ 2) من التقنين الكويتي.

وحكم المادة المقترحة يتفق مع ما يقول به الفقه الإسلامي كما هو واضح من البيان السالف الذكر.

مادة (112):

1- يكون العقد موقوف النفاذ للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق، وكانت قائمة علىٰ أساس.

2- وتكون الرهبة قائمة علىٰ أساس إذا كانت ظروف الحال وقت التعاقد تصور للطرف الذي يدعيها أن المكره قادر علىٰ إيقاع ما يهدد به، وأن خطرًا جسيمًا يهدده في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال.

3- والتهديد بإيقاع ضرر بالوالدين أو الأولاد أو الزوج أو ذي رحم محرم - يعتبر إكراهًا.

هذه المادة تقابل المادة (127) فقرة أولىٰ وثانية من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي:

«1- يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق، وكانت قائمة علىٰ أساس.

2- وتكون الرهبة قائمة علىٰ أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرًا جسيمًا محدقًا يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال».

وقد أدخلت على هذه المادة التعديلات الآتية:

أولًا: استبدل بعبارة: «يجوز إبطال العقد» في صدر الفقرة الأولىٰ عبارة: «يكون العقد موقوف النفاذ». وذلك للأخذ بفكرة العقد الموقوف التي يقول بها الفقه الإسلامي بدلًا من فكرة العقد القابل للإبطال التي يأخذ بها التقنين الحالي.

ثانيًا: أضيف في الفقرة الثانية ما يفيد تصور الطرف المكره أن من صدر منه الإكراه قادر علىٰ تحقيق ما يهدد به.

وهذه الفكرة تعتبر شرطًا مستقلًا لكي يكون الإكراه معتبرًا في الفقه الإسلامي، فهذا الفقه لا يقتصر علىٰ المعيار الذاتي أو النفسي الذي يقول به الفقه الحديث، ويأخذ به التقنين الحالي، وهو أن يبعث الإكراه رهبة في نفس المتعاقد تحمله علىٰ التعاقد حيث يغلب علىٰ ظنه وقوع ما هدد به، بل يقرن هذا المعيار النفسي بمعيار مادي هو أن يكون من صدر منه الإكراه قادرًا علىٰ إيقاع ما هدد به وقد نصت المادة (1003) من المجلة علىٰ المعيار المادي، فقالت: «يشترط أن يكون المجبر مقتدرًا علىٰ إيقاع تهديده، بناءً عليه من لم يكن مقتدرًا علىٰ إيقاع تهديده وإجرائه لا يعتبر إكراهه».

ونصت المادة (1004) من المجلة علىٰ المعيار النفسي، فقالت: «يشترط خوف المكره من وقوع المكره به، يعني يشترط حصول ظن غالب للمكره بإجراء المجبر المكره به إن لم يفعل المكره عليه. ونصت المادة (289) من مرشد الحيران علىٰ هذين المعيارين، فقالت: «يشترط لاعتبار الإكراه المعدم للرضا أن يكون المكره قادرًا علىٰ إيقاع ما هدد به، وأن يخاف المكره وقوع ما صار تهديده به في الحال بأن يغلب علىٰ ظنه وقوع المكره به أن يفعل الأمر المكره عليه، فإن كان المجبر غير قادر علىٰ إيقاع ما هدد به، فلا يكون الإكراه معتبرًا».

(**انظر أيضًا في هذا المعنىٰ**: المبسوط (ج 24/ ص39)، البدائع (ج7/ ص176)، عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (ج2/ ص217- 219).

وقد سار التقنين العراقي والتقنين الأردني علىٰ هذا النهج، فنصت المادة (113) من التقنين العراقي علىٰ أنه «يجب لاعتبار الإكراه أن يكون المكره قادرًا علىٰ إيقاع تهديده، وأن يخاف المكره وقوع ما صار تهديده به بأن يغلب علىٰ ظنه وقوع المكره به إن لم يفعل الأمر المكره عليه». ونصت المادة (140) من التقنين الأردني علىٰ أنه «يشترط أن يكون المكره قادرًا علىٰ إيقاع ما هدد به وأن يغلب علىٰ ظن المكره وقوع الإكراه عاجلًا إن لم يفعل ما أكره عليه».

ولكن رئي في النص المقترح أن يكون المعيار المادي مستمدًّا من تصور المكره قدرة من صدر منه الإكراه علىٰ تحقيق ما هدد به، فقد يكون هذا الأخير غير قادر علىٰ تحقيق وعيده، ومع ذلك يتحقق الإكراه ما دام يتوفر لدىٰ المكره هذا التصور الذي تدعمه ظروف الحال.

ثالثًا: أضيف في الفقرة الثانية ما يفيد توافر الرهبة وقت التعاقد، مع حذف وصف الخطر الجسيم بأنه محدق.

ذلك أن الفقرة الثانية من المادة (127) من التقنين الحالي السالف ذكرها تشترط في الخطر الجسيم الذي يتصوره المكره أن يكون محدقًا. وكان نص المشروع التمهيدي للتقنين الحالي يشترط في هذا الخطر أن يكون حالًا. وعبرت المذكرة الإيضاحية لذلك التقنين عن هذا الشرط بقولها أن الخطر يجب أن يكون وشيك الحلول (مجموعة الأعمال التحضرية (ج2/ ص180).

ولكن الرأي في الفقه المعاصر، وهو أيضًا رأي الفقه الإسلامي (انظر المبسوط (ج24/ ص50)، كاشف الغطاء ج3/ص 177- 178)، عبد الرزاق السنهوري مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج2/ ص207و 208) وقارن المادة (1005) من المجلة والمادة (290) من مرشد الحيران) أن الذي يعتد به ليس كون الخطر حالًا أو مستقبلًا وإنما تأثر الإرادة أو عدم تأثرها بالتهديد الموجه إلىٰ المكره، فالخوف من الخطر هو الذي يجب أن يكون حالًا، فقد يكون الخطر مستقبلًا ومع ذلك يولد رهبة في الحال تدفع إلىٰ التعاقد، حيث يتوقف الأمر قبل كل شيء علىٰ حالة المتعاقد النفسية. ومن ثم يكون المعول عليه هو أن تكون الرهبة حالة في نفس المكره وقت التعاقد،

ويستوي بعد ذلك أن يكون الخطر حالًا أو غير حال، وهذا هو المعنىٰ الذي روعي في صياغة النص المقترح.

رابعًا: أضيفت فقرة ثالثة تفيد توفر الإكراه عند التهديد بإيقاع ضرر بالولدين أو الأولاد أو الزوج أو ذي رحم محرم بدلًا من إطلاق لفظ الغير الذي جاء في التقنين الحالي. وذلك أخذًا بما يقول به الفقه الإسلامي في تحديد أشخاص هذا الغير، حيث يعتبر إكراهًا كل خطر جسيم يهدد الأب أو الابن أو الزوج أو ذا الرحم المحرم (المبسوط: (ج34/ ص143، 144)، م (287) من مرشد الحيران).

وعلىٰ هذا النهج سار التقنين العراقي والتقنين الأردني، فنصت المادة (112) فقرة (3) من التقنين العراقي علىٰ أن «التهديد بإيقاع ضرر بالوالدين أو الزوج أو ذي رحم محرم والتهديد بخطر يخدش الشرف - يعتبر إكراهًا ويكون ملجئًا أو غير ملجئ بحسب الأحوال».

ونصت المادة (137) من التقنين الأردني علىٰ أن «التهديد بإيقاع ضرر بالوالدين أو الأولاد أو ذي رحم محرم والتهديد بخطر يخدش الشرف - يعتبر إكراهًا، ويكون ملجئًا أو غير ملجئ بحسب الأحوال».

والرأي في الفقه المعاصر أنه في التقنينات التي تحدد أشخاص الغير في هذا الصدد، كالتقنين الفرنسي (م1113 مدني) والتقنين اللبناني (م210/ 1 موجبات وعقود) والتقنين العراقي (م 112/ 3 مدني) والتقنين الأردني (م 137 مدني) - لا يعتبر هؤلاء الأشخاص مذكورين علىٰ سبيل الحصر، غاية الأمر أن الخطر إذا كان يهدد واحدًا من هؤلاء قامت قرينة علىٰ أن الإكراه متحقق، وإذا هدد غير هؤلاء وجب إثبات أن الخطر الذي يهدده أثر في نفس المتعاقد إلىٰ حد الإكراه.

هذا، وقد ظفر الإكراه في الفقه الإسلامي بعناية لم يظفر بها أي عيب آخر من عيوب الإرادة، حتىٰ إن المذهبين الحنفي والشافعي جعلا الجزاء عليه أشد من الجزاء علىٰ عيوب الإرادة الأخرىٰ، فالغلط والتدليس يجعلان العقد غير لازم، فيكون للعاقد الخيار في إمضاء العقد أو فسخه، أما في الإكراه فالمذهب الحنفي يتردد بين فساد العقد وتوقفه، وكلاهما أشد من عدم اللزوم. والمذهب الشافعي يجعل جزاء الإكراه البطلان، أما

المذهب المالكي فيجعل تصرف المكره غير لازم.

والإكراه في الفقه الإسلامي هو حمل الغير علىٰ ما لا يرضاه، ذلك أن الإرادة في الفقه الإسلامي تتكون من عنصرين، هما الاختيار والرضاء، والإكراه علىٰ نوعين: إكراه ملجئ وهو الإكراه الذي يهدد بفوات النفس أو العضو، وإكراه غير ملجئ وهو الإكراه بما دون ذلك كالحبس أو القيد أو الضرب. وكل منهما يعدم الرضاء.

ويفرق بينهما أن الإكراه الملجئ يفسد الاختيار، فيؤثر في التصرفات القولية والتصرفات الفعلية، أي في التصرفات القانونية والوقائع المادية، فيفسد الأولىٰ ويصلح عذرًا يعفي من المسئولية عن الثانية. أما الإكراه غير الملجئ فلا يفسد الاختيار، ومن ثم يؤثر في التصرفات القولية دون التصرفات الفعلية، فسواء كان الإكراه ملجئًا أو غير ملجئ فإنه يكون معتبرًا في التصرفات القانونية باعتباره عيبًا من عيوب الإرادة.

وقد وردت هذه التفرقة بين نوعي الإكراه في المادة (1007) من المجلة والمادة (286) من مرشد الحيران.

كما وردت هذه التفرقة في المادة (112/ 2) من التقنين العراقي، والمادتين (136، 138) من التقنين الأردني.

ومع ذلك فإن حكم الإكراه في التصرفات القانونية لا يختلف بحسب ما إذا كان ملجئًا أم غير ملجئ. ولهذا نصت المادة (115) من التقنين العراقي علىٰ أن «من أكره إكراهًا معتبرًا بأحد نوعي الإكراه علىٰ إبرام عقد لا ينفذ عقده». ونصت المادة (141) من التقنين الأردني علىٰ أن «من أكره بأحد نوعي الإكراه علىٰ إبرام عقد لا ينفذ عقده، ولكن لو أجازه المكره أو ورثته بعد زوال الإكراه صراحة أو دلالة ينقلب صحيحًا».

لهذا رئي عدم ذكر هذه التفرقة بين نوعي الإكراه في النص المقترح، ما دام أن حكم النوعين واحد في التصرفات القانونية.

(انظر: عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (ج2/ ص198-235)، وانظر المواد: (948و 949و 1003- 1006) من المجلة، والمواد (285-299) من مرشد الحيران).

والنص المقترح يقابل المادة (113) من التقنين العراقي، والمادة (140) من

التقنين الأردني . وقد تقدم ذكر هذين النصين.

ويقابل المادة (156/ 1و 2) من التقنين الكويتي.

مادة (114): يراعىٰ في تقدير الإكراه اختلاف الأشخاص بحسب الجنس والسن ودرجة التأثر ومستوىٰ الثقافة والحالة الاجتماعية والصحية، وغير ذلك من الظروف التي يكون من شأنها أن تؤثر في جسامة الإكراه.

هذه المادة تطابق في حكمها المادة (127/ 3) من التقنين الحالي التي تجري علىٰ النحو التالي: «يراعىٰ في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية، وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامة الإكراه».

وتطابق في حكمها المادة (114) من التقنين العراقي، والمادة (139) من التقنين الأردني، والمادة (156/ 3) من التقنين الكويتي والمادة (288) من مرشد الحيران (انظر: المبسوط (ج24/ ص 50 - 68 و ص151- 154). وانظر: عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (ج2/ ص 203 وما بعدها).

مادة (115): إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين، فلا يتوقف العقد، ما لم يثبت المتعاقد المكره أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتمًا أن يعلم بهذا الإكراه.

هذه المادة تقابل (128) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتمًا أن يعلم بهذا الإكراه».

وقد عدلت مادة التقنين الحالي بما يفيد توقف العقد بدلًا من اعتباره قابلًا للإبطال، كما أدخل عليها تعديل لفظي علىٰ النحو الوارد في النص المقترح.

والفقه الإسلامي يعتد بالإكراه الواقع من غير المتعاقدين (انظر الخانية (ج3/ ص485 و 486)، ولكن يبدو أنه لا يشترط أن يكون المتعاقد المستفيد من الإكراه

متواطئًا مع الغير الذي وقع منه الإكراه، أو عالمًا بما وقع من الإكراه أو مستطيعًا أن يعلمه (عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (ج2/ ص221) وما بعدها).

والمادة المقترحة تطابق في حكمها المادة (157/ 2) من التقنين الكويتي.

وقد كانت الفقرة الثالثة من المادة (178) من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي تنص علىٰ أنه «إذا أبرم شخص عقدًا للخلاص من خطر جسيم حال، يهدده هو أو أحد أقاربه

- فلا يعتبر هذا العقد قابلًا للبطلان بسبب الإكراه، إذا كان الطرف الآخر حسن النية، ولم يقصد أن يستغل الطرف المهدد».

وهذا النص يواجه الإكراه في حالة الضرورة، ويراد به أن ظروفًا تتهيأ مصادفة فيستغلها المتعاقد للضغط علىٰ إرادة الطرف الآخر وحمله علىٰ التعاقد، مثل ذلك: أن تشرف سفينة علىٰ الغرق فتتقدم أخرىٰ لإنقاذها، ويشترط قائد هذه الأخيرة قبل الإنقاذ التعهد بمبلغ كبير في مقابل عملية الإنقاذ. أو يتقدم شخص لإنقاذ آخر من غرق أو حريق أو قتل، فيطلب منه التعهد بمبلغ باهظ مقابل ذلك. أو يطلب طبيب متخصص في نوع خطير من العمليات الجراحية أجرًا فاحشًا من مريض يخشىٰ علىٰ نفسه الهلاك إذا لم تجرَ له هذه العملية.

ويفرق النص بين ما إذا كان الطرف الآخر حسن النية ولم يقصد استغلال الظروف التي تهيأت مصادفة للضغط علىٰ إرادة المتعاقد المكره، وما إذا كان سيئ النية وأراد استغلال هذه الظروف، فلا يجوز إبطال العقد في الحالة الأولىٰ، ويجوز هذا الإبطال في الحالة الثانية.

ويتفق الرأي في الفقه مع التفرقة التي يقول بها النص، فهو يرىٰ أن الإكراه يتحقق في حالة الضرورة إذا كان الطرف الآخر سيئ النية، واستغل الظروف التي تهيأت مصادفة للضغط علىٰ إرادة المتعاقد بغية الحصول علىٰ مغنم فاحش.

كما أن مذهب مالك في الفقه الإسلامي يعتد بالإكراه في هذه الحالة (الحطاب (ج4/ ص248- 250)، المواق (ج4/ 249)، عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق

في الفقه الإسلامي (ج2/ ص221).

ولكن مع ذلك رئي عدم إيراد مثل هذا النص؛ لأن حالة الضرورة تدخل في نطاق الاستغلال علىٰ اعتبار أنها تنطوي علىٰ استغلال حاجة المتعاقد، إذا إن معنىٰ الحاجة لا يقتصر علىٰ الحاجة المادية، بل يشمل كذلك صورها الأخرىٰ.

مادة (116):

1- يكون العقد موقوف النفاذ إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل بدرجة غير مألوفة، مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد، أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل حاجته أو طيشه أو هواه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه، أو تبين بوجه عام أن رضاءه لم يصدر عن اختيار كاف. ويجوز للقاضي بناءً علىٰ طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد، أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد.

2- ويسري هذا الحكم إذا كان التصرف تبرعًا، وكانت التزامات الطرف المغبون لا تتناسب البتة مع مقدار ثروته، أو مع ما يؤلف التبرع به في مثل ظروفه.

3- ويجوز في جميع الأحوال أن يتوقىٰ الطرف الآخر دعوىٰ الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافيًا لرفع الغبن.

هذه المادة تقابل المادة (129) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد، أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشًا بينًا أو هوًىٰ جامحًا - جاز للقاضي بناءً علىٰ طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص إلزامات هذا المتعاقد.

2- ويجب أن ترفع الدعوىٰ بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة.

3- ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقىٰ الطرف الآخر دعوىٰ الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافيًا لرفع الغبن».

وقد كانت هذه المادة في مشروع هذا التقنين بعد أن عدلت في لجنة المراجعة تجرىٰ علىٰ النحو الآتي:

«1- إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون قد استغل طيشه أو حاجته أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه، أو تبين بوجه عام أن رضاءه لم يصدر عن اختيار كاف - جاز للقاضي بناءً علىٰ طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد، أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد، ويسري هذا الحكم ولو كان التصرف الذي صدر من الطرف المغبون تبرعًا.

2- ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقىٰ الطرف الآخر دعوىٰ الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافيًا لرفع الغبن».

ثم عدلت هذه المادة في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ إلىٰ ما هي عليه الآن. حيث رأت اللجنة عدم التوسع إلىٰ الحد الذي ورد في المشروع علىٰ غرار نظيره في أكثر التقنينات الحديثة، ومنها التقنين الألماني والسويسري والبولوني واللبناني والمشروع الفرنسي الإيطالي (مجموعة الأعمال التحضيرية) (ج2/ ص 189 - 203).

والواقع أن نص التقنين الحالي منتقد من ناحيتين:

الأولىٰ: أنه يقصر عن مواجهة حالات استطاع القضاء فيها أن يكفل الحماية للطرف المغبون إذا أبرم التصرف وهو مسلوب الإرادة، دون أن يكون ذلك راجعًا إلىٰ طيش أو هوًىٰ، وهي الحالات التي لجأ فيها القضاء إلىٰ نظرية الاستهواء والتسلط علىٰ الإرادة، مثل ذلك: أن قضىٰ بإبطال عقد بيع لفساد رضاء البائع بسبب كونه متقدمًا في السن ومصابًا بأمراض مستعصية من شأنها أن تضعف إرادته، فيصير سهل الانقياد خصوصًا لأولاده المقيمين معه الذين صدر العقد لهم (نقض مدني في 2 يناير 1941، مجموعة القواعد القانونية (ج3/ ص226) رقم (189). انظر كذلك: نقض مدني في 29 أبريل 1943، مجموعة القواعد القانونية (ج4/ ص152 رقم (55). كما قضىٰ بعدم التزام ورثة المتوفىٰ بما تعهد به في سند صدر منه وهو في حالة مرضية تهدد حياته بالخطر، مما جعله يفكر في الانتحار، فضلًا عن كونه في حالة عقلية تجعله مسلوب الإرادة (استئناف

مصر في 31 مايو 1933، المحاماة 14-167-86).

والناحية الثانية: أنه لا يتفق مع النزعة السائدة في العصر الحاضر، وهي تأبىٰ استغلال أحد المتعاقدين لحالة الضعف التي يوجد فيها المتعاقد الآخر، أيًّا كان سببها، فهناك نواحٍ عديدة للضعف يمكن أن تكون محل استغلال، ولا وجه لأن نحرم الاستغلال في ناحية ونتركه في ناحية أخرىٰ، فهذا مسلك لا نجده في أي من التشريعات الحديثة التي أخذت بنظرية الاستغلال، كما أنه يضيق من نطاق الحكم إلىٰ حد يقعد به عن أن يحقق الغاية التي ترجىٰ منه علىٰ الوجه الأكمل.

ويلاحظ في النص المقترح ما يأتي:

أولا: أنه توسع في حالات الضعف التي يمكن أن تكون محل استغلال، علىٰ غرار ما جاء في التشريعات الأجنبية الحديثة، حتىٰ يحقق الغاية التي ترجىٰ منه علىٰ الوجه الأكمل.

ثانيًا: أنه، وإن جعل العقد موقوفًا ، إلا أنه أبقىٰ علىٰ الجزاء الذي ينص عليه التقنين الحالي، وهو إبطال العقد أو إنقاص التزامات المتعاقد المغبون.

ثالثًا: أنه أفرد فقرة للتبرعات، واقتضىٰ هذا أن يتحدد المعيار الذي يهتدي به القاضي في تقدير مدىٰ الغبن. ذلك أنه في المعاوضات يتمثل العنصر المادي في الاستغلال في اختلال التعادل بين الأداءات المتقابلة. أما في التبرعات فلا محل للقول أن هناك اختلالًا في التعادل، إذ لا تعادل أصلًا، فهو معدوم؛ لأن العاقد لا يأخذ مقابلًا لما يعطي، ولذلك فإن تقدير العنصر المادي فيها ينظر فيه إلىٰ مقدار التبرع بالنسبة إلىٰ ثروة المتصرف، وكذلك بالنسبة إلىٰ ما يؤلف التبرع به في مثل الظروف التي وجد فيها المتصرف.

رابعًا: أنه عمم الحكم في حالة ما إذا أراد الطرف الآخر أن يتوقىٰ الإبطال، فيعرض ما يراه القاضي كافيًا لرفع الغبن، فلم يجعله قاصرًا علىٰ عقود المعاوضة كما هو الحكم في نص التقنين الحالي، بل جعله عاملًا أيضًا للتبرعات.

خامسًا: أنه قد أغفلت فيه الفقرة الثانية من النص الحالي التي توجب أن ترفع دعوىٰ الاستغلال خلال سنة من تاريخ العقد، إذ لا وجه للتفريق فيما يتعلق بحكم تقادم

الدعوىٰ بين الاستغلال وغيره من عيوب الإرادة.

والمادة المقترحة تقابلها المادة (125) من التقنين العراقي التي تنص علىٰ ما يأتي: «إذا كان أحد المتعاقدين قد استغلت حاجته أو طيشه أو هواه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه، فلحقه من تعاقده غبن فاحش - جاز له في خلال سنة من وقت العقد أن يطلب رفع الغبن عنه إلىٰ الحد المعقول، فإذا كان التصرف الذي صدر منه تبرعًا، جاز له في هذه المدة أن ينقضه».

وتقابلها المواد (159و 160و 161) من التقنين الكويتي.

ويلاحظ أن الفقه الإسلامي لا يعتد بالغبن الفاحش بدون تغرير إلا في مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة (م(356) من المجلة و م (300) مرشد الحيران و م(124/ 2) مدني عراقي و م(149) مدني أردني) وفي غير هذه الحالات لا يعتد هذا الفقه بالغبن الفاحش إلا إذا اقترن به تغرير (م(357) من المجلة وم(300)) من مرشد الحيران و م (121/ 1) مدني عراقي و م (145) مدني أردني). والتغرير، أي التدليس، يدنو في جوهره من الاستغلال. حيث يلجأ المدلس إلىٰ حيلة تعمي المتعاقد علىٰ الحقيقة، فيضل ويتعاقد علىٰ غير هدىٰ، إما لطيشه أو هواه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه، إذ إن عيوب الإرادة تجمع بينها فكرة مشتركة بحيث يصعب فصل واحد منها عن غيره من العيوب فصلًا تامًّا، فما تتأثر به الإرادة في الاستغلال قد يختلف في جوهره عما تتأثر به في العيوب الأخرىٰ.

بل إنه يمكن القول أن الغلط في القيمة علىٰ النحو الذي يعرضه الفقه الإسلامي إنما ينطوي علىٰ استغلال العاقد المغبون في هدم خبرته، ففي المذهب الحنفي يقول الحموي في غمر عيون البصائر (ج3/ ص195): «خيار الغبن يثبت في صورة الوكيل والوصي، وفي صورة تغرير البائع المشتري، بأن كان المشتري غبيًّا لا يعرف، فقال البائع: اشتر بهذا الثمن فإنه يساويه. فاشتراه مغترًّا بقوله فله خيار الغبن».

وفي المذهب الحنفي أيضًا قد يستغل العاقد المغبون في حاجته الملحة إذا كان مضطرًّا إلىٰ التعاقد، وهذا هو بيع المضطر وشراؤه (ابن عابدين ج4/ ص146): «بيع المضطر وشراؤه فاسد، وهو أن يضطر الرجل إلىٰ طعام أو شراب أو لباس أو غيرها،

ولا يبيعها البائع إلا بأكثر من ثمنها بكثير...».

(عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (ج2/ ص151و 152).

مادة (117): يراعىٰ في تطبيق المادة السابقة عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود.

هذه المادة تطابق المادة (130) من التقنين الحالي.

(2) المحل:

مادة (118):

1- يجب أن يكون محل العقد جائزًا شرعًا، وإلا كان العقد باطلًا.

2- ولا يجوز التعامل في تركة إنسان علىٰ قيد الحياة، ولو كان ذلك برضاه، إلا في الأحوال التي نص عليها القانون.

اختلف الفقهاء في تحديد ماهية المحل، فمنهم من يعتبره ركنًا في الالتزام، ومنهم من يعتبره من عناصر الإرادة. وهذا الرأي الأخير رغم صحته لا يفصل في الخلاف؛ لأن المحل أيًّا كان وضعه يعتبر من عناصر الإرادة، إذ الإرادة المعتبرة قانونًا هي التي تتجه إلىٰ التعاقد وهي علىٰ بينة من المحل، والصحيح ما يراه فريق من أن للالتزام محلًّا وللعقد محلًّا آخر، فكل من المحلين يتميز عن الآخر، ويظهر هذا التميز فيما نصت عليه المادة (186) من تقنين الموجبات والعقود اللبناني، إذ تقول: «الموضوع الحقيقي لكل عقد هو إنشاء الموجبات، علىٰ أن هذا الغرض لا ينال إلا إذا كان للموجبات نفسها مواضيع توافرت فيها بعض الصفات». حيث يتضح من هذا النص أن الشارع اللبناني يفرق بحق بين محل الالتزام ومحل العقد.

فمحل الالتزام هو الأداء الذي يجب علىٰ المدين أن يقوم به لصالح الدائن، وهو إما إعطاء شيء أو عمل غير الإعطاء أو امتناع عن عمل.

أما محل العقد فهو العملية القانونية المقصودة من العقد، وإذ كان أثر العقد هو إنشاء التزامات، فإن هذه الالتزامات ترمي في مجموعها إلىٰ تحقيق العملية القانونية المقصودة من العقد، وبهذا يتميز محل العقد عن محل الالتزام، كما يخضع كل منهما لأحكام غير

التي يخضع لها الآخر.

وآية ذلك أن محل الالتزام قد يكون صحيحًا في ذاته، ولكن العقد يقع باطلًا؛ لأن العملية القانونية المقصودة منه يحرمها القانون، كما في تحريم التعامل في تركة مستقبلة لشخص علىٰ قيد الحياة، وكما في تحريم التعامل في الحق المتنازع فيه بالنسبة إلىٰ القضاء وأعضاء النيابة، إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها.

ولا يتطلب القانون في محل العقد إلا شرطًا واحدًا، هو أن يكون مشروعًا، أي: لا يخالف النظام العام والآداب.

والفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة نص مستحدث.

أما الفقرة الثانية فتطابق المادة (131/ 2) من التقنين الحالي، والمادة (129/ 2) من التقنين العراقي، والمادة (160/ 2) من التقنين الأردني، والمادة (169) من التقنين الكويتي.

وسند حكمها في الفقه الإسلامي أن النهي عن بيع المعدوم في هذا الفقه إنما هو للغرر لا للعدم، ومن ثم يكون التعامل في التركة المستقبلة باطلًا؛ لما يقع فيه من الغبن والضرر (انظر: ابن القيم في إعلام الموقعين (ج/ أول) (ص 357 - 361) عبد الرزاق السنهوري.

مادة (119):

1- يجب أن يكون محل الالتزام الذي ينشأ من العقد ممكنًا، ومعينًا تعيينًا نافيًا للجهالة الفاحشة أو قابلًا لهذا التعيين، وجائزًا شرعًا، وإلا كان العقد باطلًا.

2- ويجوز أن يكون المعقود عليه شيئًا مستقبلًا إذا عين تعيينًا نافيًا للجهالة والغرر.

يقابل هذا النص في فقرته الأولىٰ المادة (181) من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي، التي تقول: «يجب أن يكون محل الالتزام الذي ينشأ عن العقد أمرًا ممكنًا، ومعينًا أو قابلًا للتعيين، وجائزًا شرعًا، وإلا كان العقد باطلًا. وقد حذفت هذه المادة في لجنة المراجعة اكتفاءً بالمواد التالية (مجموعة الأعمال التحضيرية (ج2/ ص207) في

الهامش).

وقد أدخل علىٰ هذه المادة تعديل يتفق مع ما يتطلبه الفقه الإسلامي من وجوب أن يكون المحل معينًا تعيينًا واضحًا لا يتطرق إليه أي شك، وذلك خوفًا علىٰ الصفقة من الغرر. فهو يتشدد في التطبيق فيتطلب قدرًا من التعيين أكبر مما يتطلبه التقنين الحالي، حيث يجب أن يكون محل الالتزام معينًا تعيينًا نافيًا للجهالة الفاحشة، أو يكون قابلًا للتعيين علىٰ هذا النحو (انظر: الحطاب (ج4/ ص285 و 286 و289)، البدائع (ج5/ ص156- 161)، الزيلعي (ج4/ ص5و 6)، المهذب (ج1/ ص966)، عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (ج3/ ص69- 82- م (197- 204)، من المجلة و م (302و 303) من مرشد الحيران).

والفقرة الأولىٰ من النص المقترح تطابقها في الحكم المادة (128) من التقنين العراقي، التي تنص علىٰ ما يأتي:

«1- يلزم أن يكون محل الالتزام معينًا تعيينًا نافيًا للجهالة الفاحشة، سواء كان تعيينه بالإشارة إليه، أو إلىٰ مكانه الخاص، إن كان موجودًا وقت العقد، أو ببيان الأوصاف المميزة له، مع ذكر مقداره إن كان من المقدرات أو بنحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة. ولا يكتفىٰ بذكر الجنس عن القدر والوصف.

2- علىٰ أنه يكفي أن يكون المحل معلومًا عند العاقدين، ولا حاجة لوصفه وتعريفه بوجه آخر.

3- فإذا كان المحل لم يعين علىٰ النحو المتقدم فالعقد باطل».

وتطابقها في الحكم المادة (161) من التقنين الأردني، وهي تطابق المادة (128) من التقنين العراقي.

وتطابقها في الحكم المواد (167و 171/ 1و 172 من التقنين الكويتي.

والفقرة الثانية من النص المقترح روعي في حكمها ما يخشاه الفقه الإسلامي من غرر في الصفقة. فالنهي عن بيع المعدوم في هذا الفقه إنما هو للغرر لا للعدم كما سبق القول. فإذا كان التعامل في الشيء المستقبل احتماليًّا جزافًا، فإنه يكون باطلًا لما فيه من الغبن والغرر، أما إذا كان التعامل غير جزاف، بحيث لا يدفع المشتري من الثمن إلا

بمقدار ما يأخذ من المبيع فلا يكون هناك غبن ولا غرر، ومن ثم يصح التعامل، ويتحقق ذلك إذا عين الشيء تعيينًا نافيًا للجهالة والغرر. وقد نصت المادة (129/ 1) من التقنين العراقي في هذا المعنىٰ علىٰ أنه «يجوز أن يكون محل الالتزام معدومًا وقت التعاقد إذا كان ممكن الحصول في المستقبل، وعين تعيينًا نافيًا للجهالة والغرر». كما نصت المادة (160/ 1) من التقنين الأردني علىٰ أنه «يجوز أن يكون محلًّا للمعاوضات المالية الشيء المستقبل إذا انتفىٰ الغرر». وجاءت الفقرة الثانية من النص المقترح مطابقة لهذين النصين (انظر: عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (ج3/ ص57و 58).

وهذه الفقرة تقابلها المادة (168) من التقنين الكويتي.

مادة (120): إذا كان محل الالتزام مستحيلًا في ذاته، كان العقد باطلًا.

هذه المادة تطابق المادة (132) من التقنين الحالي.

وتطابق في حكمها المادة (127) من التقنين العراقي، والمادة (159) من التقنين الأردني، والمادة (167) من التقنين الكويتي.

(انظر: البدائع (ج5/ ص147و 148و 168)، المبسوط (ج12/ ص194) م(198) من المجلة، و م (367) من مرشد الحيران).

مادة (121):

1- إذا لم يكن محل الالتزام معينًا بذاته، وجب أن يكون معينًا بنوعه ومقداره، وإلا كان العقد باطلًا.

2- ويكفي أن يكون المحل معينًا بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره. وإذا لم يتفق المتعاقدان علىٰ درجة الشيء من حيث جودته، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر، التزم المدين بأن يسلم شيئًا من صنف متوسط.

هذه المادة تطابق المادة (133) من التقنين الحالي.

وتطابق في حكمها المادة (171/ 2) من التقنين الكويتي.

مادة (122): إذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود، التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي أثر.

هذه المادة تطابق المادة (134) من التقنين الحالي، مع استبدال عبارة: «دفع مبلغ من النقود» بكلمة: «نقودا»؛ لأن محل الالتزام عمل، وهو دفع مبلغ من النقود، وليس النقود في ذاتها.

وتطابق في حكمها المادة (162) من التقنين الأردني، والمادة (173) من التقنين الكويتي.

مادة (123): يجوز أن يقترن العقد بشرط إذا كان هذا الشرط لا يخالف النظام العام والآداب، وإلا ألغي الشرط وصح العقد، ما لم يكن الشرط هو الدافع إلىٰ التعاقد فيبطل العقد.

هذا النص مستحدث. وهو يطابق في حكمه المادة (131) من التقنين العراقي، التي تقول:

«1- يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو يكون جاريًا به العرف والعادة.

2- كما يجوز أن يقترن بشرط فيه نفع لأحد العاقدين أو للغير، إذا لم يكن ممنوعًا قانونًا، أو مخالفًا للنظام العام أو للآداب، وإلا ألغي الشرط وصح العقد، ما لم يكن الشرط هو الدافع إلىٰ التعاقد، فيبطل العقد أيضًا».

ويطابق في حكمه أيضًا المادة (164) من التقنين الأردني، وهي تطابق المادة (131) من التقنين العراقي.

ويطابق في حكمه المادة (175) من التقنين الكويتي.

والفقه الإسلامي زاخر بالبحث في مدىٰ صحة الشروط التي تقترن بالعقد. فهناك

الشرط الذي يقتضيه العقد، والشرط الذي يلائم العقد، والشرط الذي يجري به العرف والعادة، وهناك الشرط الذي فيه نفع لأحد العاقدين أو للغير. والمذاهب الإسلامية تختلف فيما بينها في مدىٰ صحة هذه الشروط. ويرجع هذا الاهتمام إلىٰ الحرص علىٰ مبدأ وحدة الصفقة من ناحية، وإلىٰ الخشية من شبهة الربا من ناحية أخرىٰ، إذا كان الشرط ينطوي علىٰ منفعة لا يقابلها عوض. ومع ذلك فقد تطور الفقه الإسلامي في هذا الخصوص في مذاهبه المختلفة، ولا سيما في المذهبين المالكي والحنبلي، حتىٰ كاد المذهب الحنبلي يبيح الشروط المقترحة بالعقد بصورة عامة، ما لم تكن مخالفة للنظام العام أو الآداب. وقد ظهر ذلك فيما نصت عليه المادة (131) من التقنين العراقي، والمادة (164) من التقنين الأردني السالفتا الذكر.

(انظر في المذهب الحنفي: البدائع (ج5/ ص169- 173)، وفي المذهب الشافعي: المهذب (ج1/ ص268)، وفي المذهب المالكي: الحطاب (ج4/ ص373-375)، وفي المذهب الحنبلي: المغني (ج4/ ص285، 286). وانظر عرضًا وافيًا لكل هذه المذاهب في: عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (ج3/ ص 112- 195).

3- السبب:

مادة (134):

1- يجب أن يكون الباعث الدافع إلىٰ التعاقد جائزًا شرعًا، وإلا كان العقد باطلًا.

2- علىٰ أنه لا يجوز للمتعاقد الذي قام لديه الباعث غير المشروع - أن يتمسك ببطلان العقد، إلا إذا كان المتعاقد الآخر علىٰ علم بهذا الباعث.

اختلف الفقهاء في تحديد ماهية السبب، فمنهم من يعتبره ركنًا في الالتزام، ومنهم من يعتبره ركنًا في العقد، ومنهم من يعتبره من عناصر الإرادة. وهذا الرأي الأخير رغم صحته لا يفصل في الخلاف؛ لأن السبب أيًا كان وضعه يعتبر من عناصر الإرادة، إذ الإرادة المعتبرة قانونًا تتجه إلىٰ التعاقد يحدوها غرض تهدف إليه أو باعث تتحرك بدافع منه. والصحيح ما يراه فريق من أن للالتزام سببًا وللعقد سببًا آخر، فكل من السببين يتميز عن الآخر.

ويظهر هذا التمييز فيما نصت عليه المادة (194) من تقنين الموجبات والعقود

اللبناني، إذ تقول: «يميز بين سبب الموجب وسبب العقد». كما نصت المادة (200) من هذا التقنين علىٰ «أن سبب العقد يكون في الدافع الشخصي الذي حمل الفريق العاقد علىٰ إنشاء العقد، وهو لا يعد جزءًا غير منفصل في العقد، بل يختلف في كل نوع من العقود، وإن تكن من فئة واحدة». ونصت المادة (201) من هذا التقنين علىٰ أنه «إذا كان سبب العقد غير مباح، كان العقد باطلًا أصلًا».

كما يظهر هذا التمييز فيما نصت عليه المادتان (165و 166) من التقنين الأردني: فالمادة (165) من هذا التقنين تتحدث عن سبب الالتزام، فتقول: «1- لسبب هو الغرض المباشر المقصود من العقد.

2- ويجب أن يكون موجودًا وصحيحًا ومباحًا غير مخالف للنظام العام أو الآداب» والمادة (166) من هذا التقنين تتحدث عن سبب العقد، فتقول:

«1- لا يصح العقد إذا لم تكن فيه منفعة مشروعة لعاقديه.

2- ويفترض في العقود وجود هذه المنفعة المشروعة ما لم يقم الدليل علىٰ غير ذلك». م(305) من مرشد الحيران.

فسبب الالتزام هو الغرض المباشر المجرد الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه، فهو عنصر موضوعي، وداخل في العقد، ولا يتغير في النوع الواحد من العقود. وهذا هو المعنىٰ المقصود من اعتباره الغرض المجرد للملتزم، فمثلًا: في عقود البيع يكون سبب التزام البائع بنقل الملكية هو دائمًا رغبته في الحصول علىٰ الثمن، ويكون سبب التزام المشتري بدفع الثمن هو دائمًا رغبته في الحصول علىٰ المبيع.

أما سبب العقد فهو الباعث الدافع إلىٰ التعاقد، أي الباعث الرئيس الذي جعل المتعاقد يقدم علىٰ إبرام التصرف، وهذا الباعث يختلف بطبيعة الحال من شخص إلىٰ آخر، فيتغير في النوع الواحد من العقود، فهذا يبيع؛ لأنه في حاجة إلىٰ مال ينفقه في أغراض معيشته، وذاك يبيع؛ لأنه يريد أن يشتري بالثمن شيئًا آخر، وفي هذا يختلف سبب العقد عن سبب الالتزام.

ولا يتطلب القانون في سبب العقد فيما يتعلق بذاتيته سوىٰ شرط المشروعية، أي عدم مخالفته للنظام العام والآداب، إذ لا بد لكل إرادة من باعث يحركها، وإلا كانت

إرادة غير واعية تصدر من شخص عديم التمييز.

علىٰ أنه إذا كان المتعاقد الذي يتمسك ببطلان العقد هو الطرف الذي قام لديه الباعث غير المشروع - وجب أن يتوافر شرط آخر لإمكان بطلان التصرف، وهو لا يتعلق بذاتية السبب، وإنما يتعلق باستقرار التعامل، حيث يجب أن يكون المتعاقد الآخر علىٰ علم بهذا الباعث غير المشروع. إذ لا يكون من العدل أن يفاجأ الطرف حسن النية ببطلان التصرف في حين أنه لا يعلم عن ذلك الباعث شيئًا. وهذا يتفق مع ما يشترطه القانون في الغلط لإبطال العقد: من أن الطرف الذي لم يقع في الغلط يجب أن يكون علىٰ علم به، أو أن يكون من المفروض حتمًا أن يعلم به. كما أنه الحل الذي يأخذ به القضاء.

أما إذا كان الطرف الذي يتمسك بالبطلان حسن النية وقت قيام العقد، ولكنه علم بعد ذلك بالباعث غير المشروع - فإنه يجاب إلىٰ طلب البطلان، إذ إن هذا لا يمس استقرار التعامل، كما أنه ليس من المقبول أن يكافأ الطرف الآثم علىٰ نجاحه في إخفاء الباعث غير المشروع.

ويلاحظ أن التقنين اللبناني والتقنين الأردني يميزان في نصوصهما بين سبب الالتزام وسبب العقد علىٰ النحو الذي تقدم ذكره، كما أن فريقًا من الفقه المصري والفقه الفرنسي يقول بهذا التمييز، وهو واضح كذلك في أحكام القضاء، حيث جاءت أغلب التطبيقات القضائية في خصوص الباعث غير المشروع.

والفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة تطابق في حكمها المادة (116) من التقنين الأردني، التي تقول:

«1- لا يصح العقد إذا لم تكن فيه منفعة مشروعة لعاقديه.

2- ويفترض في العقود وجود هذه المنفعة المشروعة ما لم يقم الدليل علىٰ غير ذلك».

والمادة المقترحة تطابق في حكمها الفقرة الثانية من المادة (176) من التقنين الكويتي، التي تقول: «ويعتد في السبب بالباعث المستحث الذي يدفع المتعاقد إلىٰ التعاقد إذا كان المتعاقد الآخر يعلمه، أو كان ينبغي عليه أن يعلمه».

والباعث الدافع إلىٰ التعاقد له مكان ملحوظ في الفقه الإسلامي، فهو الذي تقاس به النوايا علىٰ أساس من الاعتبارات الأدبية والخلقية والدينية. ولذلك فإن المذهبين الحنبلي والمالكي يعتدان به سواء ذكر في العقد أو لم يذكر، ما دام يكون معلومًا من الطرف الآخر. فإذا كان الباعث مشروعًا فالعقد صحيح، وإذا كان غير مشروع فالعقد باطل (إعلام الموقعين لابن القيم (ج3/ ص 96- 98)، المغني (ج4/ ص 283 - 285) الحطاب (ج4/ ص 267). بل إنه يعتد بالباعث ولو لم يعلم به الطرف الآخر إذا كانت الظروف بحيث ينبغي أن يعلم به (القواعد لابن رجب (ص 321و 322)).

(**انظر في هذا:** عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (ج4/ ص53 - 86).

كذلك يعتد الفقه الإسلامي إلىٰ جانب الباعث الدافع إلىٰ التعاقد باعتباره سببًا للعقد، بسبب الالتزام (البدائع: جزء 5/ ص 285). وسنعود إلىٰ هذه النقطة عند الكلام في المادة التالية.

مادة (125): يجب أن يكون سبب الالتزام موجودًا، وجائزًا شرعًا، وإلا كان العقد باطلًا.

هذه المادة تطابق في حكمها المادة (122) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «إذا لم يكن للالتزام سبب، أو كان سببه مخالفًا للنظام العام أو الآداب - كان العقد باطلًا».

وتطابق في حكمها المادة (132/ 1) من التقنين العراقي التي تنص علىٰ ما يأتي: «يكون العقد باطلًا إذا التزم المتعاقد دون سبب، أو لسبب ممنوع قانونًا أو مخالفٍ للنظام العام أو الآداب».

وتطابق في حكمها المادة (165) من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي:

«1- السبب هو الغرض المباشر المقصود من العقد.

2- ويجب أن يكون موجودًا وصحيحًا ومباحًا غير مخالف للنظام أو الآداب».

ويلاحظ هنا أنه طبقًا لنص التقنين الحالي ونص التقنين العراقي وكذلك النص

المقترح، فإنه يشترط في سبب الالتزام شرطان هما الوجود والمشروعية. وبينما يزيد التقنين الأردني علىٰ هذين الشرطين شرطًا ثالثًا، هو أن يكون السبب صحيحًا. والحقيقة أن هذا الشرط الثالث يندرج تحت الشرطين الآخرين. فالسبب يكون غير صحيح في حالتين:

الأولىٰ: هي حالة الغلط في السبب، وفيها يتوهم العاقد سببًا لا وجود له، وبذلك تدخل هذه الحالة تحت شرط الوجود.

والثانية: هي حالة السبب الصوري.

فإذا كانت الصورية مطلقة كان السبب غير موجود، وبذلك تدخل هذه الحالة أيضًا تحت شرط الوجود. وإذا كانت الصورية نسبية بطل الالتزام إذا كان السبب المستتر غير مشروع، وصح الالتزام إذا كان هذا السبب مشروعًا، ومن ثم تدخل هذه الحالة تحت شرط المشروعية.

ومن هنا يتضح أن عدم صحة السبب يرجع إما إلىٰ عدم وجوده، أو إلىٰ عدم مشروعيته، فيكون شرطا الوجود والمشروعية هما في الحقيقة الشرطان الوحيدان المطلوبان في سبب الالتزام. ولهذا أغفل التقنين الحالي والتقنين العراقي وكذلك النص المقترح شرط الصحة في السبب.

والفقه الإسلامي، إلىٰ جانب اهتمامه الكبير بالباعث الدافع إلىٰ التعاقد - كما رأينا - فإنه يعتد بسبب الالتزام. من ذلك ما جاء في البدائع (جزء 5/ ص 285): «كل المبيع يعتبر مقابلًا بكل الثمن، وكل الثمن مقابل بكل المبيع. فالزيادة لو صحت مبيعًا وثمنًا لخلت عما يقابله، فكانت فضل مالٍ خالٍ عن العوض في عقد المعاوضة، وهذا تفسير الربا». وكذلك يبطل العقد إذا كان هناك غلط في السبب (صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية (ص 98و 99). ومن ذلك أيضًا ما جاء في الفروق (ج3/ ص238): والمقصود من البيع ونحوه إنما هو انتفاع كل واحد من المتعاوضين بما يصير إليه، فإذا كان عديم المنفعة أو محرمًا لم يحصل مقصوده فيبطل عقده المعاوضة عليه (صبحي محمصاني)، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية (ص 92)، انظر في هذا: عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في

الفقه الإسلامي (ج4/ ص55) في الهامش.

مادة (126): يكون العقد صحيحًا إذا توافرت أركانه أصلًا ووصفًا، وهي الرضاء ممن هو أهل له والمحل والسبب بشروطهما الجوهرية والشكلية حين يفرضها القانون للانعقاد.

هذه المادة مستحدثة.

وهي تطابق في حكمها المادة (133) من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي:

«1- العقد الصحيح هو العقد المشروع ذاتًا ووصفًا بأن يكون صادرًا من أهله، مضافًا إلىٰ محل قابل لحكمه، وله سبب مشروع وأوصافه صحيحة سالمة من الخلل.

2- وإذا لم يكن العقد الصحيح موقوفًا، أفاد الحكم في الحال».

وتطابق في حكمها المادة (167) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ ما يأتي: «العقد الصحيح هو العقد المشروع بأصله ووصفه بأن يكون صادرًا من أهله، مضافًا إلىٰ محل قابل لحكمه، وله غرض قائم وصحيح ومشروع، وأوصافه صحيحة، ولم يقترن به شرط مفسد له».

وقد نصت المادة (108) من المجلة علىٰ أن «البيع الصحيح هو البيع الجائز، وهو البيع المشروع ذاتًا ووصفًا».

ونصت المادة (311) من مرشد الحيران علىٰ أن «العقد الصحيح الذي يظهر أثره بانعقاده هو العقد المشروع ذاتًا ووصفًا».

والمراد بمشروعية ذاته ووصفه أن يكون ركنه صادرًا من أهله مضافًا إلىٰ محل قابل لحكمه، وأن تكون أوصافه صحيحة سالمة من الخلل، وألا يكون مقرونًا بشرط من الشروط المفسدة للعقد.

مادة (127): يكون العقد موقوف النفاذ علىٰ الإجازة إذا صدر من ناقص الأهلية في ماله، وكان تصرفًا دائرًا بين النفع والضرر، أو إذا شاب الإرادة فيه غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال، أو إذا كان تصرفًا في ملك الغير بدون إذنه، أو إذا ورد في القانون

نص خاص علىٰ ذلك.

يقابل هذا النص ما جاء في صدر الفقرة الأولىٰ من المادة (134) من التقنين العراقي، التي تقول: «إذا انعقد العقد موقوفًا لحجر أو إكراه، أو غلط أو تغرير - جاز للعاقد أن ينقض العقد... كما أن له أن يجيزه...».

وما جاء في الفقرة الأولىٰ من المادة (135) من هذا التقنين التي تقول: «من تصرف في ملك غيره بدون إذنه، انعقد تصرفه موقوفًا علىٰ إجازة المالك».

وتقابله المادة (171) من التقنين الكويتي التي تقول: «العقد موقوف النفاذ علىٰ الإجازة إذا صدر من فضولي في مال غيره، أو من مالك في مال له تعلق به حق الغير أو من ناقص الأهلية في ماله، وكان تصرفًا دائرًا بين النفع والضرر، أو من مكره، أو إذا نص القانون علىٰ ذلك».

وتقابله المادة (179) من التقنين الكويتي التي تقول: «العقد القابل للإبطال ينتج آثاره، ما لم يقض بإبطاله، وإذا قضي بإبطاله اعتبر كأن لم يكن».

وقد أخذ في النص المقترح بالأحكام الآتية:

أولاً: إنه اعتمد فكرة العقد الموقوف التي يأخذ بها الفقه الإسلامي، بدلًا من فكرة العقد المقابل للإبطال التي يأخذ بها التقنين الحالي وغيره من التقنينات العربية، فيما عدا التقنين العراقي والتقنين الأردني.

ويختلف العقد الموقوف عن العقد القابل للإبطال في أن هذا الأخير ينشأ صحيحًا منتجًا لآثاره، إلىٰ أن يطلب إبطاله فيبطل أو تلحقه الإجازة فيظل صحيحًا بصورة نهائية، بينما ينشأ العقد الموقوف صحيحًا، ولكنه لا ينتج آثاره فتظل هذه الآثار موقوفة إلىٰ أن ينقض العقد، فيبطل أو تلحقه الإجازة، فينفذ.

ومن ثم فإن فكرة العقد الموقوف تفضل فكرة العقد القابل للإبطال في أن العقد الذي يشوبه نقص في الأهلية، أو عيب في الإرادة، أو انعدام الولاية علىٰ المحل - يحسن أن يقف حتىٰ تلحقه الإجازة، فهذا أولىٰ من أن ينفذ حتىٰ يطلب إبطاله، وذلك لملافاة التعقيدات التي تنشأ عند إبطال العقد بعد نفاذه.

ثانيًا: إنه وحد الحكم في الحالات التي يشوب العقد فيها نقص في الأهلية، أو عيب في الإرادة، أو انعدام الولاية علىٰ محل، أي التصرف في ملك الغير بدون إذنه.

ويلاحظ أنه في الفقه الإسلامي يكون العقد موقوف النفاذ، إذا كان هناك نقص في الأهلية، أو كان هناك إكراه، أو إذا تعلق حق الغير بالمحل، وهذا السبب الأخير يندرج تحته حالات أهمها تصرف الفضولي، وهو من يتصرف في ملك غيره بدون إذنه، وتصرف مالك العين المرهونة أو المؤجرة، والبيع الصادر من المريض في مرض الموت لوارثه (انظر في هذا الخصوص: عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (ج4/ ص193، وما بعدها).

ولكن حكم النص المقترح يجعل هذا السبب الأخير قاصرًا علىٰ التصرف في ملك الغير بدون إذنه، غير أنه من ناحية أخرىٰ يتوسع في نطاق العقد الموقوف، فيجعله شاملًا لعيوب الإرادة جميعها. وبذلك أصبحت الأسباب التي تجعل العقد موقوف النفاذ في النص المقترح - هي نقص الأهلية وعيوب الإرادة والتصرف في ملك الغير بدون إذنه، وهذا هو النهج الذي سار عليه التقنين المدني العراقي في المادتين (134 و 135) المشار إليهما. أما التقنين المدني الأردني فقد أخذ في المادة (171) التي تقدم ذكرها بما قرره الفقه الإسلامي.

ومعروف أن الفقه الإسلامي يجعل العقد موقوفًا في حالة الإكراه (م (1006) من المجلة، و م (297) من مرشد الحيران)، بينما يعطي العاقد خيار الفسخ في حالتي الغلط

(م (310، 311) من المجلة، و م(301) من مرشد الحيران). والتدليس (م357) من المجلة، و م (532) من مرشد الحيران). وهذا ما أخذ به التقنين الأردني، ولكن رئي أن من الأفضل توحيد الحكم بالنسبة إلىٰ عيوب الإرادة جميعها علىٰ غرار ما فعل التقنين العراقي.

ويختلف العقد الموقوف عن العقد الذي يثبت فيه خيار الفسخ، فالعقد الموقوف ينشأ صحيحًا، ولكنه يكون غير نافذ، أما العقد الذي يثبت فيه للعاقد خيار الفسخ فينشأ صحيحًا نافذًا، ولكنه يكون غير لازم، فيكون للعاقد الخيار بين إمضاء العقد وفسخه.

كذلك رئي عدم جعل تصرف المالك في العين المرهونة أو المؤجرة موقوفًا علىٰ إجازة الدائن المرتهن أو المستأجر، حيث إنه من القواعد المستقرة الآن والتي تقتضيها المصلحة في التعامل - أن الرهن أو الإيجار لا يقيد حق المالك في التصرف في ملكه، ولهذا رئي من الأفضل الأخذ بالحل الذي اعتمده التقنين العراقي، إذ إنه يستجيب لحاجة التعامل، علىٰ خلاف ما أخذ به التقنين الأردني.

أما التصرف الصادر من المريض في مرض الموت فحكمه في مكان آخر.

ثالثًا: إنه جعل التصرف في ملك الغير بدون إذنه موقوفًا علىٰ الإجازة، وهذا الحكم يفضل إلىٰ حد كبير حكم بيع ملك الغير في التقنين الحالي وغيره من التقنينات العربية فيما عدا التقنين العراقي والتقنين الأردني، فبيع ملك الغير في التقنين الحالي وغيره من التقنينات التي أخذت بالتصوير اللاتيني - حكمه مضطرب، ولا يتفق مع القواعد العامة، فهو نافذ في حق البائع، وقابل للإبطال بالنسبة إلىٰ المشتري بمقتضىٰ نص خاص، وغير نافذ في حق المالك، وللمالك أن يقره فيصبح بهذا الإقرار نافذًا في حقه وصحيحًا في حق المشتري.

بينما في ضوء فكرة العقد الموقوف يكون حكم هذا البيع واحدًا بالنسبة إلىٰ كل من البائع والمشتري والمالك، فهو موقوف في حقهم جميعًا، ولا تأتي إجازته إلا من جانب المالك، فإذا صدرت هذه الإجازة أصبح العقد نافذًا في حق الجميع (عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (ج4/ ص305-307).

مادة (128):

1- إذا كان العقد موقوفًا لنقص في الأهلية، كانت إجازته للقاصر بعد بلوغه الرشد أو لوليه أو للمحكمة بحسب الأحوال وفقًا للقانون.

2- وإذا كان موقوفًا لغلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال، كانت إجازته للمتعاقد الذي شاب إرادته أحد هذه العيوب بعد انكشاف العيب أو زواله.

3- وإذا كان موقوفًا لكونه تصرفًا في ملك الغير بدون إذنه، كانت إجازته للمالك. فإذا أجازه المالك اعتبرت الإجازة توكيلًا.

4- ومن شرع توقف العقد لمصلحته هو الذي يثبت له الحق في إجازته أو إبطاله.

هذه المادة تقابلها المادتان (134و 135) من التقنين العراقي، فالمادة (134) من هذا التقنين تنص علىٰ ما يأتي:

«1- إذا انعقد العقد موقوفًا لحجر أو إكراه أو غلط أو تغرير، جاز للعاقد أن ينقض العقد بعد زوال الحجر أو ارتفاع الإكراه أو تبين الغلط أو انكشاف التغرير، كما أن له أن يجيزه، فإذا نقضه كان له أن ينقض تصرفات من انتقلت إليه العين، وأن يستردها حيث وجدها وإن تداولتها الأيدي. فإن هلكت العين في يد من انتقلت إليه، ضمن قيمتها.

2- وللعاقد المكره أو المغرور الخيار إن شاء ضمن العاقد الآخر، وإن شاء ضمن المجبر والغار، فإن ضمن المجبر أو الغار فلهما الرجوع بما ضمناه علىٰ العاقد الآخر. ولا ضمان علىٰ العاقد للمكره أو المغرور إن قبض البدل مكرهًا أو مغرورًا وهلك في يده بلا تعد منه».

والمادة (135) من هذا التقنين تنص على ما يأتي:

«1- من تصرف في ملك غيره بدون إذنه، انعقد تصرفه موقوفًا علىٰ إجازة المالك.

2- فإذا أجاز المالك تعتبر الإجازة توكيلًا، ويطالب الفضولي بالبدل إن كان قد قبضه من العاقد الآخر.

3- وإذا لم يجز المالك تصرف الفضولي، بطل التصرف، وإذا كان العاقد الآخر قد أدىٰ للفضولي البدل، فله الرجوع عليه به. فإن هلك البدل في يد الفضولي بدون تعدٍّ منه وكان العاقد الآخر قد أداه عالمًا أنه فضولي - فلا رجوع له عليه بشيء منه.

4- وإذا سلم الفضولي العين المعقود عليها لمن تعاقد معه فهلكت في يده، بدون تعد منه - فللمالك أن يضمن قيمتها أيهما شاء. فإذا اختار تضمين أحدهما سقط حقه في تضمين الآخر».

وتقابلها المادة (172) من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي:

«تكون إجازة العقد للمالك، أو لمن تعلق له حق في المعقود عليه، أو للولي، أو الوصي، أو ناقص الأهلية بعد اكتمال أهليته، أو للمكره بعد زوال الإكراه، أو لمن يخوله

القانون ذلك».

وما جاء في المادة المقترحة يعتبر تكملة طبيعية للحكم الوارد في المادة السابقة، ففي المادة السابقة نص علىٰ الحالات التي يكون العقد فيها موقوفًا. وفي المادة المقترحة بيان لمن لهم الحق في إجازة العقد في هذه الحالات، فهؤلاء هم الذين شرع توقف العقد لمصلحتهم، فهم الذين يملكون إجازته أو إبطاله.

مادة (129):

1- يزول الحق في إبطال العقد الموقوف بالإجازة الصريحة أو الضمنية.

2- وتستند الإجازة إلىٰ الوقت الذي تم فيه العقد، دون إخلال بحقوق الغير.

3- وإذا سكت من شرع توقف العقد لمصلحته عن إعلان موقفه خلال مهلة، أعطيت له من الطرف الآخر لا تقل عن ثلاثة أشهر - اعتبر سكوته إجازة.

هذه المادة تقابلها المادة (139) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- يزول حتىٰ إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية.

2- وتستند الإجازة إلىٰ التاريخ الذي تم فيه العقد، دون إخلال بحقوق الغير.

وقد كانت العبارة الأخيرة في الفقرة الثانية من هذه المادة في التقنين الحالي، وهي التي تقول: «دون إخلال بحقوق الغير» محل نقد؛ لأن الغرض المقصود في النص أن الأثر الرجعي للإجازة لا يسري إلا بين المتعاقدين، فلا يؤخذ به بالنسبة إلىٰ الغير الذي كسب حقًّا عينيًّا علىٰ الشيء الذي ورد عليه العقد. والمثل الذي ذكر في هذا الخصوص هو أنه لو باع القاصر العين وبعد بلوغه سن الرشد باعها مرة ثانية أو رهنها لآخر ثم أجاز العقد الأول - فإن الإجازة لا تؤثر علىٰ حق المشتري الثاني أو الدائن المرتهن، إذ تخلص العين لهذا المشتري، أو تبقىٰ مثقلة بحق الرهن رغم الإجازة. وهذا القول غير صحيح في ظل فكرة العقد القابل للإبطال التي يأخذ بها التقنين الحالي. ذلك أن العقد القابل للإبطال يكون قبل الإجازة منتجًا لكل آثاره، فإذا صدرت الإجازة كان كل ما يترتب عليها هو أن تزول قابلية العقد للإبطال. فالإجازة لا تجعل العقد ينتج أثرًا لم يكن ينتجه من قبل، ولهذا يتصور أن يكون لها أثر رجعي يضر بحقوق الغير. فالمشتري

من قاصر مميز يصبح مالكًا للعين المبيعة إلىٰ أن يطلب إبطال العقد، فإذا باع القاصر العين بعد بلوغ الرشد أو رهنها، كان تصرفه في شيء لا يملكه، فإذا أجاز بعد ذلك البيع الذي أبرمه وهو قاصر، فإن الملكية تستقر للمشتري الأول خالصة من الرهن، ولا يصح أن يعترض بأن التصرف الثاني يعتبر نزولًا عن الحق في إجازة التصرف الأول؛ لأن الإبطال لا يتقرر إلا بالاتفاق مع الطرف الآخر في العقد القابل للإبطال أو بحكم القاضي، أما قبل ذلك فإن العقد يظل منتجًا لكل آثاره.

أما في ظل فكرة العقد الموقوف التي يؤخذ بها في النصوص المقترحة، فإن الوضع يختلف. فقد رأينا أن العقد الموقوف ، علىٰ خلاف العقد القابل للإبطال، ينشأ صحيحًا ولكنه لا ينتج آثاره، فتظل هذه الآثار موقوفة إلىٰ أن ينقض العقد فيبطل أو تلحقه الإجازة فينفذ. ومن ثم يكون هناك محل للقول أو استناد الإجازة إلىٰ الوقت الذي تم فيه العقد، إنما يكون دون إخلال بحقوق الغير. فالمشتري من قاصر مميز يكون عقده موقوفًا، فلا يصبح مالكًا للعين التي اشتراها ما دام أن العقد لم تلحقه الإجازة، فإذا باع القاصر العين بعد بلوغه الرشد أو رهنها، كان تصرفه في شيء يملكه، فإذا أجاز بعد ذلك البيع الذي أبرمه وهو قاصر، فإن الأثر الرجعي للإجازة يضر بحق المشتري الثاني أو الدائن المرتهن؛ لأنه يؤدي إلىٰ زوال هذا الحق، ولملافاة هذا الإضرار بحق الغير، وجب النص علىٰ أن الأثر الرجعي للإجازة لا يصح أن يخل بحقوق الغير، فهذا الأثر الرجعي للإجازة إنما يكون فيما بين المتعاقدين، وليس بالنسبة إلىٰ الغير.

والإجازة هي النزول عن الحق في إبطال العقد الموقوف، فهي تصرف قانوني من جانب واحد. ومن ثم يصح أن تكون صريحة أو ضمنية، ويجب أن تتوفر فيها الشروط اللازمة لصحة التصرف القانوني.

ويشترط الفقه الإسلامي لصحة الإجازة قيام كل عناصر التصرف، وهي العاقدان والمحل والمجيز، وقت صدور التصرف ووقت صدور الإجازة. ذلك أن الإجازة في الفقه لها حكم الاستناد والإنشاء، ومن ثم يجب توافر الشرط وقت صدور التصرف؛ لأنه الوقت الذي تستند إليه الإجازة ، كما يجب توافره وقت صدور الإجازة؛ لأنه الوقت الذي وجدت فيه.

ولكن الشارع العراقي قدر أن الأولىٰ أن يجعل للإجازة حكم الاستناد دون حكم الإنشاء، فقد تدعو الحاجة إلىٰ إجازة العقد بعد موت أحد الأطراف الثلاثة، أو بعد هلاك المحل.

ولهذا اكتفىٰ باشتراط قيام عناصر التصرف وقت صدوره دون وقت صدور الإجازة، حيث اشترط لصحة الإجازة وجود من يملكها وقت صدور العقد الموقوف. فقد نصت المادة (136/ 1) من التقنين العراقي علىٰ أن «إجازة العقد الموقوف تكون صراحة أو دلالة، وتستند إلىٰ الوقت الذي تم فيه العقد. ويشترط في صحتها وجود من يملكها وقت صدور العقد، ولا يشترط قيام العاقدين أو المالك الأصلي أو المعقود عليه وقت الإجازة».

وقد أراد الشارع العراقي بهذا أن يتجاوز الحدود التي وقف عندها الفقه الإسلامي فيما يتعلق بشروط الإجازة دون مبرر.

(**انظر في هذه المسألة:** عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (ج4/ ص198و 209و 220و 308و 316).

أما الشارع الأردني فجعل للإجازة حكم الاستناد والإنشاء علىٰ غرار الفقه الإسلامي، فنصت المادة (174) من التقنين الأردني علىٰ أنه «يشترط لصحة الإجازة قبول التصرف للإجازة وقت صدوره ووقت الإجازة، ووجود من له الإجازة، وطرفي العقد، والمتصرف فيه، وبدله إن كان عينًا وقت الإجازة».

وقد رئي ترك الأمر فيما يتعلق بشروط الإجازة للقواعد العامة.

وفي الفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة نص علىٰ زوال الحق في إبطال العقد الموقوف بالإجازة، سواء كانت صريحة أو ضمنية، حيث تعتبر الإجازة نزولًا عن هذا الحق.

وفي الفقرة الثانية نص علىٰ ما للإجازة من حكم الاستناد، مع تقييد ذلك بعدم الإخلال بحقوق الغير.

وفي الفقرة الثالثة أعطيت الفرصة للعاقد الذي يضره توقف العقد لحسم الموقف دون إبطاء. حيث يستطيع أن يحدد لمن شرع التوقف لمصلحته مدة معقولة لا تقل عن

ثلاثة أشهر يعلن فيها عن رغبته في الإجازة أو الرفض، فإن سكت عن الرد طوال هذه المدة، اعتبر سكوته إجازة للعقد.

وفي مذهب الإمام مالك أنه إذا حصل التصرف في ملك الغير بدون إذنه، وسكت المالك عامًا من وقت علمه بالتصرف - اعتبر سكوته إجازة. (عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (ج4/ ص307).

وتقابل المادة المقترحة الفقرة الأولىٰ من المادة (136) من التقنين العراقي التي تقدم ذكرها.

ويقابلها في التقنين الأردني المواد (173و 174و 175).

فالمادة (173) من هذا التقنين تنص على ما يأتي:

«1- تكون الإجازة بالفعل أو بالقول أو بأي لفظ يدل عليها صراحة أو دلالة.

2- ويعتبر السكوت إجازة إن دل علىٰ الرضا عرفًا».

والمادة (174) من هذا التقنين تقدم ذكرها.

والمادة (175) من هذا التقنين تنص على ما يأتي:

«1- إذا أجيز التصرف الموقوف، نفذ مستندًا إلىٰ وقت صدوره واعتبرت الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة.

2- وإذا رفضت الإجازة، بطل التصرف».

ويقابلها في التقنين الكويتي المواد من (179) إلىٰ (182).

وهي تأخذ بفكرة العقد القابل للإبطال.

مادة (130):

1- يسقط الحق في إبطال العقد الموقوف، إذا لم يتمسك به من شرع التوقف لمصلحته خلال ثلاث سنوات.

2- ويبدأ سريان هذه المدة إذا كان سبب التوقف نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وإذا كان سبب التوقف الغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال، فمن اليوم الذي ينكشف فيه العيب أو يزول. وإذا كان سبب التوقف انعدام الولاية علىٰ

المعقود عليه - فمن اليوم الذي يعلم فيه المالك بصدور العقد. وإذا كان التوقف لسبب آخر ينص عليه القانون، فمن اليوم الذي يعلم فيه من شرع التوقف لمصلحته بصدور العقد.

3- وفي كل حال لا يجوز التمسك بالحق في الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال، إذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد.

هذه المادة تقابل المادة (140) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات.

2- ويبدأ سريان هذه المدة، في حالة نقص الأهلية، من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الغلط أو التدليس، من اليوم الذي ينكشف فيه، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه، وفي كل حال لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه، إذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد».

وتبقىٰ المادة المقترحة علىٰ مدة التقادم المنصوص عليها في التقنين الحالي مع تعميم الحكم علىٰ جميع الحالات التي يتوقف فيها العقد.

وتقابلها المادة (136) فقرة ثانية وثالثة من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي:

«1- ويجب أن يستعمل خيار الإجازة أو النقض خلال ثلاثة أشهر. فإذا لم يصدر في هذه المدة ما يدل علىٰ الرغبة في نقض العقد اعتبر العقد نافذًا.

2- ويبدأ سريان المدة إذا كان سبب التوقف نقص الأهلية من الوقت الذي يزول فيه هذا السبب، أو من الوقت الذي يعلم فيه الولي بصدور العقد. وإذا كان سبب التوقف الإكراه أو الغلط أو التغرير، فمن الوقت الذي يرتفع فيه الإكراه، أو يتبين فيه الغلط، أو ينكشف فيه التغرير، وإذا كان سبب التوقف انعدام الولاية علىٰ المعقود عليه، فمن اليوم الذي يعلم فيه المالك بصدور العقد».

وتقابلها المادة (183) من التقنين الكويتي، وهي تأخذ بمدة التقادم المنصوص عليها في التقنين الحالي.

ولم يحدد الفقه الإسلامي مدة معينة لإجازة العقد أو نقضه، ولذلك جاء التقنين الأردني خلوًّا من مدة للتقادم في هذا الخصوص.

المادة (131): يكون العقد باطلًا إذا اختل فيه ركن بأصله أو بوصفه، وذلك إذا صدر من شخص فاقد الأهلية، أو إذا انعدم فيه الرضاء أو المحل أو السبب، أو إذا لم تتوافر في المحل أو في السبب شروطه الجوهرية، أو إذا لم يتوافر فيه شكل يفرضه القانون لانعقاده، أو إذا ورد في القانون نص خاص علىٰ ذلك.

هذه المادة مستحدثة.

وهي تقابل المادة (193) من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي، التي تنص علىٰ ما يأتي:

«**يكون العقد باطلاً في الحالات الآتية:**

(أ) إذا أبرمه شخص لا أهليه له إطلاقًا.

(ب) إذا انعدم فيه الرضاء أو المحل أو السبب، وإذا لم تتوافر في المحل أو في السبب شروطه الجوهرية.

(ج) إذا اشترط القانون في العقد شكلًا يكون باطلًا بدونه، ولم يستوفِ العقد هذا الشكل، أو إذا أغفل المتعاقدان إجراءً شكليًّا يعتبره القانون ركنًا في تكوين العقد.

(د) إذا ورد في القانون «نص خاص علىٰ البطلان»».

وتقابلها المادة (137) من التقنين العراقي التي تنص علىٰ ما يأتي:

1- العقد الباطل هو ما لا يصح أصلًا باعتبار ذاته، أو وصفًا باعتبار بعض أوصافه الخارجة.

2- فيكون العقد باطلًا إذا كان في ركنه خلل، كأن يكون الإيجاب والقبول صادرين ممن ليس أهلًا للتعاقد، أو يكون المحل غير قابل لحكم العقد، أو يكون السبب غير مشروع.

3- ويكون باطلًا أيضًا إذا اختلت بعض أوصافه، كأن يكون المعقود عليه مجهولًا جهالة فاحشة، أو يكون العقد غير مستوفٍ للشكل الذي فرضه القانون».

وتقابلها المادة (168/ 1) من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي:

«العقد الباطل ما ليس مشروعًا بأصله ووصفه، بأن اختل ركنه أو محله أو الغرض منه أو الشكل الذي فرضه القانون لانعقاده، ولا يترتب عليه أي أثر، ولا ترد عليه الإجازة».

والعقد الباطل في الفقه الإسلامي هو العقد الباطل في القانون الوضعي. وقد نصت المادة (313) من مرشد الحيران علىٰ ما يأتي: «العقد الباطل هو ما ليس مشروعًا لا أصلًا ولا وصفًا، أي ما كان في ركنه أو في محله خلل، بأن كان الإيجاب والقبول صادرين ممن ليس أهلًا للعقد، أو كان المحل غير قابل لحكم العقد.

وهو لا ينعقد أصلًا، ولا يفيد الملك في الأعيان المالية ولو بالقبض».

مادة (132):

1- العقد الباطل لا ينعقد، فلا يترتب عليه أي أثر، ولا ترد عليه الإجازة.

2- ولكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها.

3- ولا تسمع دعوىٰ البطلان بعد مضي خمس عشرة سنة من وقت العقد.

هذه المادة تقابل المادة (141) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- إذا كان العقد باطلًا، جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ولا يزول البطلان بالإجازة.

2- وتسقط دعوىٰ البطلان بمضي خمس عشرة سنة من وقت العقد». وتطابقها في الحكم المادة (168) من التقنين الأردني، التي تنص علىٰ ما يأتي:

«1- العقد الباطل ما ليس مشروعًا بأصله ووصفه، بأن اختل ركنه، أو محله، أو الغرض منه، أو الشكل الذي فرضه القانون لانعقاده، ولا يترتب عليه أي أثر، ولا ترد عليه الإجازة.

2- ولكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها.

3- ولا تسمع دعوىٰ البطلان بعد مضي خمس عشرة سنة من وقت العقد».

(انظر المادة (213) من الحيران التي تقدم ذكرها).

وتقابل المواد (من184 إلىٰ 186) من التقنين الكويتي، فالمادة (184) من هذا التقنين تنص علىٰ أن: «العقد الباطل لا ينتج أي أثر، ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك ببطلانه، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها».

والمادة (185) من هذا التقنين تنص علىٰ أن «العقد الباطل لا يتصحح بالإجازة».

والمادة (186) من هذا التقنين تنص على ما يأتي:

«1- العقد الباطل لا يصحح بمرور الزمان.

2- إلا أن دعوىٰ البطلان تسقط بمرور خمس عشرة سنة من تاريخ العقد».

وتطابق الفقرتين الأولىٰ والثانية منها في الحكم المادة (141) من التقنين العراقي التي تنص علىٰ أنه «إذا كان العقد باطلًا، جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ولا يزول البطلان بالإجازة».

(انظر المادة (313) من مرشد الحيران التي تقدم ذكرها).

مادة (133):

1- إذا كان العقد باطلًا، أو كان موقوفًا وأبطل، يعاد المتعاقدان إلىٰ الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا كان هذا مستحيلًا، حكم القاضي بتعويض معادل.

2- ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية، إذا أبطل العقد لنقص أهليته - أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد.

هذه المادة تقابل المادة (142) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- في حالتي إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلىٰ الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا كان هذا مستحيلًا، جاز الحكم بتعويض معادل.

2- ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية، إذا أبطل العقد لنقص أهليته - أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد».

وتقابل المادة (138) من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي:

1- العقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم أصلًا.

2- فإذا بطل العقد، يعاد المتعاقدان إلىٰ الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا كان هذا مستحيلًا، جاز الحكم بتعويض معادل.

3- ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية إذا بطل العقد لنقص أهليته - أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد».

وتقابلها المادتان (187و 188) من التقنين الكويتي.

المادة (134): إذا كان العقد في شق منه باطلًا أو موقوفًا، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل أو يقف، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلًا أو موقوفًا، فيبطل العقد كله.

هذه المادة تقابل المادة (143) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ أنه «إذا كان العقد في شق منه باطلًا أو قابلًا للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلًا، أو قابلًا للإبطال للعقد كله».

وتقابلها المادة (139) من التقنين العراقي، التي تنص علىٰ أنه «إذا كان العقد في شق منه باطلًا، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، أما الباقي من العقد فيظل صحيحًا باعتباره عقدًا مستقلًّا، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلًا».

وتقابل المادة (190) من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي:

«1- إذا لحق البطلان أو الإبطال شقًّا من العقد اقتصر عليه وحده دون باقي العقد.

2- علىٰ أنه إذا أثبت أحد المتعاقدين أنه ما كان يبرم العقد بغير الشق الباطل أو المبطل - بطل العقد كله».

وتقابل المادة (190) من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي:

1- إذا كان العقد في شق منه باطلًا، بطل العقد كله، إلا إذا كانت حصة كل شق معينة، فإنه يبطل في الشق الباطل، ويبقىٰ صحيحًا في الباقي.

2- وإذا كان العقد في شق منه موقوفًا، توقف في الموقوف علىٰ الإجازة.

فإن أجيز نفذ العقد كله، وإن لم يجز بطل في هذا الشق فقط بحصته من العوض،

وبقي في النافذ بحصته».

والمادة المقترحة تتناول نظرية انتقاص العقد، وهي نظرية يعرفها الفقه الإسلامي (انظر: القوانين الفقهية ص (260)، الزيلعي (ج4/ ص60، 61، المبسوط (ج13/ ص3-5) عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (ج4/ ص151-157).

المادة (135): إذا كان العقد باطلًا أو موقوفًا وتوافرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحًا باعتباره العقد الذي توافرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلىٰ إبرام هذا العقد.

هذه المادة تقابل المادة (144) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ أنه «إذا كان العقد باطلًا أو قابلًا للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر - فإن العقد يكون صحيحًا باعتباره العقد الذي توافرت أركانه، لما تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلىٰ إبرام هذا العقد».

وتقابلها المادة (140) من التقنين العراقي التي تنص علىٰ أنه «إذا كان العقد باطلًا وتوافرت فيه أركان عقد آخر - فإن العقد يكون صحيحًا باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين أن المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف إلىٰ إبرام هذا العقد».

وتقابلها المادة (191) من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي:

1- «إذا بطل العقد أو أبطل، وأمكن أن تستخلص منه الأركان اللازمة لعقد آخر غيره - قام هذا العقد الآخر.

2- ويعتبر الرضاء بالعقد الذي يصير التحول إليه متوافرًا إذا تبين أن المتعاقدين كانا يريدانه لو علما ببطلان العقد الذي قصدا في الأصل إبرامه».

والمادة المقترحة تتناول نظرية تحول العقد، وقد ورد في الفقه الإسلامي بعض تطبيقات لهذه النظرية (انظر الأشباه والنظائر للسيوطي (ص 111- 113)، عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (ج4/ ص296- 298).

❊ ❊ ❊

الفرع الثاني
آثار العقد

(1) تفسير العقد:

المادة (136):

1- العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني.

2- والأصل في الكلام الحقيقة، فلا يجوز حمل اللفظ علىٰ المجاز إلا إذا تعذر حمله علىٰ معناه الحقيقي.

هذه المادة مستحدثة. وهي تطابق المادة (214) من التقنين الأردني. وتطابق في حكمها المادة (155) من التقنين العراقي التي تنص علىٰ ما يأتي:

«1- العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني.

2- علىٰ أن الأصل في الكلام الحقيقة، أما إذا تعذرت الحقيقة فيصار إلىٰ المجاز».

وتطابق في فقرتها الأولىٰ العبارة الأولىٰ من المادة (3) من المجلة والمادة (314) من مرشد الحيران.

وتطابق في الحكم في فقرتها الثانية المادة (12) من المجلة، والعبارة الأولىٰ من المادة (91) من المجلة.

وهذه المادة مستمدة من الفقه الإسلامي، وإذا كانت الفقرة الأولىٰ منها تقضي بأن يعتد في التفسير بالمقاصد والمعاني، فإن هذا لا يعني أن الفقه الإسلامي يعتد بالإرادة الباطنة في هذا الخصوص، إذ إن المقاصد والمعاني التي تراعىٰ هي تلك التي تستخلص من العبارات والصيغ المستعملة، ولهذا نصت الفقرة الثانية من هذه المادة علىٰ أن الأصل في الكلام الحقيقة. كما سيأتي في المادة التالية أنه لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح. هذا إلىٰ ما تنص عليه المادة (68) من المجلة من أن «دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه، يعني أنه يحكم بالظاهر فيما يتعذر الاطلاع عليه».

(انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم ص 36).

فالعبرة في الفقه الإسلامي في خصوص التفسير بالإرادة الظاهرة، كما تستخلص من

العبارات والصيغ التي استعملها المتعاقدان (عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج 6، ص 28 وما بعدها).

المادة (137): لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح.

هذه المادة مستحدثة، وهي تطابق المادة (157) من التقنين العراقي، وتطابق المادة (215) من التقنين الأردني، وتطابق المادة (13) من المجلة.

وهي مستمدة من الفقه الإسلامي، وتؤيد ما ذكر فيما تقدم من أن المقاصد والمعاني التي تراعىٰ في التفسير هي تلك التي تستخلص من العبارات والصيغ المستعملة في العقد.

المادة (138): إعمال الكلام أولىٰ من إهماله، لكن إذا تعذر إعمال الكلام يهمل.

هذه المادة مستحدثة، وهي تطابق المادة (158) من التقنين العراقي، وتطابق المادة (216) من التقنين الأردني.

وتطابق في حكمها المادة (60) **من المجلة التي تقول**: «إعمال الكلام أولىٰ من إهماله، يعني لا يهمل الكلام ما أمكن حمله علىٰ معنىٰ. مثاله لو وقف علىٰ أولاده وليس له إلا أولاد أولاده حمل عليهم صونًا للفظ».

وكذلك المادة (62) **من المجلة التي تقول**: «إذا تعذر إعمال الكلام يهمل، يعني أنه إذا لم يمكن حمل الكلام علىٰ معنىٰ حقيقي أو مجازي أهمل، ومثاله لو أقر لزوجته التي هي من نسب آخر معروف وأكبر منه سنًّا بأنها ابنته، فلا يمكن حمل كلامه هذا علىٰ معنىٰ حقيقي؛ لأنها أكبر منه سنًّا ومن نسب معروف، ولا علىٰ معنىٰ مجازي أي معنىٰ الوصية لكونها وارثة له ولا وصية لوارث، فيهمل كلامه».

وهي مستمدة من الفقه الإسلامي (انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم ص 68و 69 و 76 و77، عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج6/ ص 37).

المادة (139): ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله.

هذه المادة مستحدثة، وهي تطابق المادة (159) من التقنين العراقي،

وتطابق المادة (217) من التقنين الأردني، وتطابق المادة (63) من المجلة.

ومثالها أن الشفيع لو ترك شفعته بنصف المشفوع فيه وطلب النصف الآخر - سقط حقه في الشفعة؛ لأن حق الشفعة لا يتجزأ (م 1041 من المجلة)، أما ذكر بعض ما يتجزأ فليس كذكر كله، فلو أبرأ دائن مدينه من نصف الدين برئ من هذا النصف فقط.

(عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (ج6/ ص38)).

وهي مستمدة من الفقه الإسلامي.

المادة (140): المطلق يجري علىٰ إطلاقه إذا لم يقم دليل التقييد نصًّا أو دلالة.

هذه المادة مستحدثة، وتطابق المادة (160) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (218) من التقنين الأردني.

وتطابق المادة (64) من المجلة.

وهي مستمدة من الفقه الإسلامي.

المادة (141): الوصف في الحاضر لغو، وفي الغائب معتبر.

هذه المادة مستحدثة.

وهي تطابق المادة (161) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (219) من التقنين الأردني.

وتطابق المادة (65) من المجلة التي تقول: «الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر، مثلًا: لو أراد البائع بيع فرس أشهب حاضر في المجلس، وقال في إيجابه: بعت هذا الفرس الأدهم. وأشار إليه، وقبل البائع، صح البيع ولغا وصف الأدهم، وأما لو باع فرسًا غائبًا وذكر أنه أشهب والحال أنه أدهم، لا ينعقد البيع».

وهي مستمدة من الفقه الإسلامي.

مادة (142):

1- إذا كانت عبارة العقد واضحة، فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها

للتعرف علىٰ إرادة المتعاقدين.

2- أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنىٰ الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقًا للعرف الجاري في المعاملات.

هذه المادة تطابق المادة (150) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (329) من التقنين الأردني.

وتطابق في حكمها المادة (192) من التقنين الكويتي.

ويتفق حكمها مع القواعد الأساسية في تفسير العقد في الفقه الإسلامي، فالفقرة الأولىٰ منها ليست إلَّا إعمالًا للقواعد التي تقدم ذكرها، والتي تقضي بأن الأصل في الكلام الحقيقة، فلا يجوز حمل اللفظ علىٰ المجاز إلا إذا تعذر حمله علىٰ معناه الحقيقي، وبأنه لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح، وبأن دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه، حيث يحكم بالظاهر فيما يتعذر الاطلاع عليه (م 12و 13و 61 و 68من المجلة).

والفقرة الثانية منها ليست إلا تفصيلًا للقاعدة التي تقدم ذكرها، والتي تقضي بأن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني (م 3 من المجلة، وم 314 من مرشد الحيران)، مع بيان العوامل التي يستطيع القاضي أن يفسر علىٰ هديها (م 36- 38 و40- 48 من المجلة).

مادة (143):

1- يفسر الشك في مصلحة الطرف الذي يضار من الشرط.

2- ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارًّا بمصلحة الطرف المذعن.

هذه المادة تقابل المادة 151 من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

1- يفسر الشك في مصلحة المدين.

2- ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارًّا بمصلحة الطرف المذعن».

وقد عدلت الفقرة الأولىٰ من هذه المادة بما يفيد أن الشك يفسر في مصلحة الطرف الذي يضار من الشرط المشكوك في معناه.

فقد يكون هذا الطرف مدينًا في التزام يفرضه الشرط، فيفسر الشك في مصلحته مثل ذلك أن يتفق علىٰ شرط جزائي في العقد، ويقوم شك في معرفة ما إذا كان هذا الشرط يستحق في حالة التأخر في التنفيذ أم إنه لا يستحق إلا في حالة عدم التنفيذ، ففي هذه الحالة يجب أن يفسر الشرط علىٰ أنه لا يستحق، إلا عند عدم التنفيذ، ومثل ذلك أيضًا أن تشترط عمولة عند تمام كل صفقة دون أن يذكر وقت الدفع، فيفسر هذا علىٰ أن يكون الدفع عند تنفيذ الصفقة، لا عند عقدها.

وقد يكون هذا الطرف دائنًا في التزام يعدل فيه الشرط علىٰ نحو يضر به، فيفسر الشك في مصلحته، مثل ذلك أن يتفق علىٰ عدم التزام البائع بتسليم المبيع كله فور العقد، ويقوم شك في معرفة ما إذا كان التسليم مؤجلًا أم مقسطًا، ففي هذه الحالة يجب أن يفسر الشرط علىٰ أن يكون التسليم مقسطًا، ففي هذا التفسير روعيت مصلحة المشتري، مع أنه الدائن في الالتزام بالتسليم؛ لأنه هو الذي يضار من الشرط.

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة (194) من التقنين الكويتي، وتقابل المادة (240) من التقنين الأردني، التي تطابق المادة (151) من التقنين المصري الحالي.

والفقرة الأولىٰ منها تقابل المادة (166) من التقنين العراقي، التي تطابق الفقرة الأولىٰ من المادة (151) من التقنين المصري الحالي.

والفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة تتفق مع قواعد تفسير العقد في الفقه الإسلامي، فثمة قواعد ثلاثة في هذا الفقه تنهض بالمبدأ الوارد في هذه الفقرة:

الأولىٰ: أن اليقين لا يزول بالشك. فإذا كان هناك شك في مديونية المدين، فاليقين أنه بريء الذمة، ولا يزال هذا اليقين بالشك.

والثانية: أن الأصل بقاء ما كان علىٰ ما كان، وبراءة الذمة تسبق المديونية، فتبقىٰ براءة الذمة قائمة علىٰ ما كانت، ولا تزول إلا بمديونية قامت علىٰ يقين.

والثالثة: أن الأصل براءة الذمة، فيفرض فيمن يدعىٰ عليه: الدين أنه بريء الذمة، فإذا كان هناك شك في مديونيته فسر في مصلحته، وقد أورد ابن نجيم هذه القواعد الثلاثة في الأشباه والنظائر، (ص28و 29)، (عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، (ج6/ ص41 و 42)).

أما الفقرة الثانية من المادة المقترحة فتقضي بأن يكون تفسير الشك في عقد الإذعان في مصلحة الطرف المذعن في جميع الأحوال، أي سواء كان دائنًا في الالتزام الذي سيتناوله شرط العقد أو مدينًا فيه؛ لأنه في الحالين يكون مدينًا في الشرط الذي يجرىٰ تفسيره، بمعنىٰ أنه يضار من هذا الشرط، حيث إن الطرف الآخر في هذا العقد، وهو محتكر قانوني أو فعلي للسلعة أو المرفق الذي يبرم العقد في شأنه - يتوفر له من أسباب القوة ما يجعله يفرض شروط العقد، فهو صانع هذه الشروط، وعليه يقع وزر ما فيها من غموض كان في وسعه أن يتحاشاه، وبذلك يتفق حكم هذه الفقرة مع القواعد الشرعية.

(□) أثر العقد بين المتعاقدين:

مادة (144): ينصرف أثر العقد إلىٰ المتعاقدين والخلف العام، دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلىٰ الخلف العام.

هذه المادة تطابق المادة (145) من التقنين الحالي.

وتطابق الفقرة الأولىٰ من المادة (142) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (206) من التقنين الأردني.

وتطابق في حكمها المادة (201) من التقنين الكويتي.

وأحكامها هي الأحكام ذاتها المقررة في الشريعة الإسلامية، وقد أكد الشارع هذا المعنىٰ في التقنين الحالي فيما يتعلق بانتقال أموال التركة إلىٰ الخلف العام الذي يشمل الوارث والموصىٰ له بحصة في التركة.

وذلك في المادة (875) التي تنص علىٰ أن: «1- تعيين الورثة وتحديد أنصبائهم في الإرث وانتقال أموال التركة إليهم - تسري في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين

الصادرة في شأنها.

2- **وتتبع في تصفية التركة الأحكام الآتية.**

وقد نصت المادة (306/ 1) من مرشد الحيران علىٰ أنه «إنما تجري أحكام العقود في حق العاقدين، ولا يلزم بها غيرهما» انظر البدائع (ج5/ ص358) انظر في هذا عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (ج5/ ص66) وما بعدها.

مادة (145): إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقًا شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلىٰ خلف خاص - فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلىٰ هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته، وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه.

هذه المادة تطابق المادة (146) من التقنين الحالي.

وتطابق الفقرة الثانية من المادة (142) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (207) من التقنين الأردني.

وتطابق في حكمها المادة (202) من التقنين الكويتي.

وأحكامها تتفق مع ما هو مقرر في الفقه الإسلامي فيما يتعلق بانصراف أثر العقد إلىٰ الخلف الخاص (عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (ج5/ ص120- 123).

مادة (146): العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون.

هذه المادة تطابق الفقرة الأولىٰ من المادة (147) من التقنين الحالي، وتطابق في حكمها المادة (166) من التقنين الكويتي التي تنص علىٰ أن «العقد شريعة المتعقدين ، فلا يجوز لأحدهما أن يستقل بنقضه أو تعديل أحكامه، إلا في حدود ما يسمح به الاتفاق أو يقضي به القانون».

وتتفق في حكمها مع الفقرة الأولىٰ من المادة (146) من التقنين العراقي، التي

تنص علىٰ أنه «إذا نفذ العقد كان لازما، ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضىٰ نص في القانون أو بالتراضي».

وتتفق في حكمها مع المادة (241) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ أنه «إذا كان العقد صحيحًا لازمًا، فلا يجوز لأحد العاقدين الرجوع فيه ولا تعديله ولا فسخه، إلا بالتراضي أو التقاضي أو بمقتضىٰ نص في القانون».

وحكمها مبدأ أساسي في الشريعة الإسلامية، فيقول سُبۡحَانَهُۥوَتَعَالَىٰ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾، ويقول ﷺ: «**المسلمون عند شروطهم**».

وقد نصت المادة (306) من مرشد الحيران علىٰ ما يأتي:

«إنما تجري أحكام العقود في حق العاقدين، ولا يلتزم بها غيرهما، ولا يجوز فسخ العقود اللازمة إلا بتراضيهما في الأحوال التي يجوز فيها فسخها».

مادة (147):

1- يجب تنفيذ العقد طبقًا لما اشتمل عليه، وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية.

2- ولا يقتصر العقد علىٰ إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضًا ما هو من مستلزماته، وفقًا لما تقتضيه طبيعة الالتزام وما يقرره القانون والعرف.

هذه المادة تقابل المادة (148) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي:

«1- يجب تنفيذ العقد طبقًا لما اشتمل عليه، وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية.

2- ولا يقتصر العقد علىٰ إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضًا ما هو من مستلزماته، وفقًا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام».

وقد عدلت الفقرة الثانية من المادة الواردة في التقنين الحالي، فاستبدلت بعبارة: «وفقًا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام» عبارة: «وفقًا لما تقضيه طبيعة الالتزام وما يقرره القانون والعرف». وذلك لأن طبيعة الالتزام هي أول ما يسترشد به القاضي لإكمال نطاق العقد، ولأن العدالة يشملها حكم الفقرة الأولىٰ التي تقضي بأن

يكون تنفيذ العقد متفقًا مع ما يوجبه حسن النية.

والمادة المقترحة تقابل المادة (150) من التقنين العراقي التي تطابق المادة (148) من التقنين الحالي.

مادة (150)[1]: إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب علىٰ حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلًا - صار مرهقًا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة - جاز للقاضي تبعًا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين - أن يرد الالتزام المرهق إلىٰ الحد المعقول، ويقع باطلًا كل اتفاق علىٰ خلاف ذلك.

هذه المادة تطابق الفقرة الثانية من المادة (147) من التقنين الحالي، وتطابق المادة (205) من التقنين الأردني، فيما عدا أن هذه المادة الأخيرة تضيف عبارة: (إن اقتضت العدالة ذلك) بعد لفظ: (المعقول).

وتقابل الفقرة الثانية من المادة (146) من التقنين العراقي التي تقول: «علىٰ أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب علىٰ حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلًا، صار مرهقًا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة - جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين - أن تنقص الالتزام المرهق إلىٰ الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلًا كل اتفاق علىٰ خلاف ذلك».

وتتفق في حكمها مع المادة (198) من التقنين الكويتي.

وإذا كان الفقه الإسلامي لم ترد فيه نظرية عامة للحوادث الطارئة علىٰ نحو ما جاء في النص المقترح، إلا أنه عرف تطبيقات مختلفة لهذه النظرية أهمها الأعذار في عقد الإيجار حيث يفسخ الإيجار للعذر، والجوائح في بيع الثمار حيث ينقص الثمن بقدر معين (انظر عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، في الفقه الإسلامي (ج6/ ص97 وما بعدها).

(1) سقطت ص (46) وبها المادتان (148، 149).

مادة (151): إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطًا تعسفية – جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط، أو أن يعفىٰ الطرف المذعن منها، وذلك وفقًا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلًا كل اتفاق علىٰ خلاف ذلك.

هذه المادة تطابق المادة (149) من التقنين الحالي.

وتطابق الفقرة الثانية من المادة (167) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (204) من التقنين الأردني.

وتتفق في حكمها مع المادة (81) من التقنين الكويتي.

وقد رأينا فيما تقدم أن الفقه الإسلامي لا يتحدث عن عقد الإذعان، وإنما يتناول الفكرة الجوهرية التي يقوم عليها هذا العقد، وهي ألا يحتكر الشخص سلعة ضرورة فيزيد من سعرها ويبيعها للناس بحسب هواه فيرضخ الناس للسعر الذي يفرضه نظرًا إلىٰ حاجتهم الشديدة لهذه السلعة.

وقد حمل الفقه الإسلامي علىٰ الاحتكار وتناوله في الصور التي كانت مألوفة في عهده، انظر تفصيلًا لذلك فيما تقدم تحت المادة (84) من المشروع.

ويتضح من هذا أن الشريعة الإسلامية تؤيد حماية الطرف المذعن في عقد الإذعان، وبذلك يتفق حكم النص المقترح مع المبادئ المقررة في الشريعة.

مادة (152): تسري شروط العقد العامة التي يضعها أحد المتعاقدين علىٰ المتعاقد الآخر إذا كان علىٰ علم بها وقت إبرام العقد أو كان من المفروض أن يعلمها حتمًا لو أعارها انتباه الشخص العادي.

وعلىٰ كل حال لا أثر لشروط تحد من المسئولية أو تحلل من العقد أو تقف تنفيذه إذا كانت لصالح من وضعها، ولا أثر لشروط تفرض علىٰ المتعاقد الآخر سقوط المدد وتحديد صلاحية الاعتراض بالدفوع، أو قيود تمس حرية المتعاقد في العلاقات مع الغير وتمديد العقد أو تجديده، ولا أثر كذلك لشروط التملك أو الحد من صلاحية القضاء، إذا لم يتم الاتفاق علىٰ تحديدها خطيًّا.

هذه المادة مستحدثة.

وهي تطابق المادة (150) من التقنين الليبي.

وتقابل المادة (51) من مشروع التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي:

«1- إذا اتفق المتعاقدان علىٰ أن تسري في شئونهما أحكام عقد نموذج أو لائحة نموذجية - سرت هذه الأحكام، ما لم يثبت أي منهما أنه عند حصول الاتفاق بينهما لم يكن يعلم بهذه الأحكام ولم تتح له الفرصة في أن يعلم بها.

(2) وإذا كانت أحكام العقد النموذج أو اللائحة النموذجية التي لم يحصل العلم بها أساسية - بطل العقد، فإن كانت ثانوية تولىٰ القاضي حسم الخلاف في شأنها وفقًا لطبيعة المعاملة والعرف الجاري ومقتضيات العدالة».

والمادة المقترحة تتناول العقد الذي يعده أحد المتعاقدين مقدّمًا، فيدون فيه من الشروط ما يكون في صالحه وضارًّا بمصلحة الطرف الآخر، وهي ظاهرة منتشرة الآن، ولا سيَّما في عقود الإذعان، والهدف من حكم هذه المادة هو حماية هذا الطرف الآخر من ناحيتين: الأولىٰ: أنه يجب أن يعلم بشروط العقد العامة، أو يكون في مقدوره أن يعلم بهذه الشروط لو أعارها انتباه الشخص العادي.

والثانية: أنه لا يلتزم بشروط العقد الخاصة التي تضره إلا إذا تم الاتفاق عليها خطيًّا، فكثيرًا ما يفاجأ المتعاقد عند حصول النزاع بشروط لم يكن يتصور وجودها في العقد عند توقيعه عليه، ولا سبيل إلىٰ ملافاة ذلك إلا باشتراط العلم، أو إمكان العلم بالشروط العامة. والاتفاق خطيًّا علىٰ الشروط الخاصة.

ومن ثَمَّ يتفق حكم هذه المادة مع المبادئ العامة في الشريعة الإسلامية التي لا تعتد إلا بما اتفق عليه حقيقة بين المتعاقدين، وهو ما يقتضي أن يكون المتعاقد علىٰ بينة تامة من شروط العقد الذي يلتزم به.

مادة (153): في العقود المبرمة بالتوقيع علىٰ نماذج جاهزة لتوحيد تنظيم علاقات تعاقدية، فإن الشروط المضافة إلىٰ تلك النماذج تتغلب علىٰ الشروط الأصلية إذا تنافت معها حتىٰ ولو لم تشطب تلك الشروط المنافية.

هذه المادة مستحدثة، وهي تطابق المادة (151) من التقنين الليبي.

وهي تتناول العقد الذي تعد شروطه مقدَّمًا كنموذج يحتذىٰ عند التعاقد في شأن نوع معين من العلاقات التعاقدية، كما هو الشأن في عقود الإذعان، فإذا أضيفت شروط إلىٰ هذا النموذج تنافي الشروط الأصلية - كان معنىٰ ذلك أن إرادة المتعاقدين قد اتجهت إلىٰ الشروط المضافة، وأعرضت عن الشروط الأصلية حتىٰ ولو لم تشطب هذه الأخيرة، ولذلك جرىٰ القضاء في عقود التأمين علىٰ أن يغلب الشروط المخطوطة علىٰ الشروط المطبوعة، وبذلك أعفىٰ الطرف المذعن من الشرط الذي يتناقض مع آخر يكون أكثر انطباقًا علىٰ نية المتعاقدين.

وبذلك يتفق حكم هذه المادة من المبادئ العامة في الشريعة الإسلامية التي لا تعتد إلا بما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين عند التعاقد.

(□) أثر العقد بالنسبة إلى الغير:

هذه المادة تطابق المادة (152) من التقنين الحالي.

مادة (154): لا يرتب العقد التزامًا في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقًّا.

وتطابق المادة (208) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (203) من التقنين الكويتي التي تنص علىٰ أن: «العقود لا تنفع ولا تضر غير المتعاقدين وخلفائهما، وإن كانت تؤثر في الضمان العام المقرر لدائنيهما، وذلك كله ما لم يقض القانون بغيره».

والفقه الإسلامي لا يجيز انصراف أثر العقد إلىٰ الغير، سواء كان هذا الأثر حقًّا أو التزامًا (عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج5/ ص192و 193).

وقد نصت المادة (306/ 1) من مرشد الحيران علىٰ أنه: «إنما تجري أحكام العقود في حق العاقدين، ولا يلتزم بها غيرهما»، ولكن في ضوء تطور ظروف المجتمع وما تقتضيه المصالح المشروعة في التعامل، أصبح من الجائز أن يرتب العقد حقًّا لصالح الغير، ما دام المتعاقدان يريدان ذلك وما دام الغير يقبل ذلك.

مادة (155):

1- إذا تعهد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر، فلا يلزم الغير بتعهده، فإذا رفض الغير أن يلتزم، وجب على المتعهد أن يعوض من تعاقد معه، ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ الالتزام الذي تعهد به.

2- أما إذا قبل الغير هذا التعهد، فإن قبوله لا ينتج أثرًا إلا من وقت صدوره، ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمنًا أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد».

هذه المادة تطابق المادة (153) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (209) من التقنين الأردني.

وتتفق في حكمها مع المادة (159) من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي:

«1- إذا وعد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر، فلا يلزم الغير بوعده ولكن يلزم نفسه، ويجب عليه أن يعوض من تعاقد معه إذا رفض الغير أن يلتزم، ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ الالتزام الذي وعد به إذا كان ذلك في استطاعته من غير أن يضر بالدائن.

2- أما إذا أقر الغير هذا الوعد، فإن إقراره لا ينتج أثرًا إلا من وقت صدوره ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو دلالة أن يستند الإقرار إلى اليوم الذي صدر فيه الوعد».

وتتفق في حكمها مع المادة (304) من التقنين الكويتي.

وتتفق في حكمها مع ما يقرره الفقه الإسلامي من أن العقد لا يرتب التزامًا في ذمة الغير «م 306/ 1) من مرشد الحيران) إذ إن من يتعهد بأن يحمل الغير على قبول الالتزام بأمر معين، إنما يلزم نفسه ولا يلتزم الغير بتعهده، ويكون للغير أن يقبل الالتزام أو يرفضه.

مادة (156):

1- يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت، أو أدبية.

2- ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقًّا مباشرًا قبل المتعهد بتنفيذ

الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفاته، ما لم يتفق علىٰ خلاف ذلك، ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفوع التي تنشأ عن العقد.

3- ويجوز كذلك للمشترط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك.

هذه المادة تطابق المادة (154) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (152) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (210) من التقنين الأردني.

وتتفق في حكمها مع المادة (205/ 1) والمادة (206) والمادة (207) من التقنين الكويتي.

والفقه الإسلامي لا يجيز انصراف أثر العقد إلىٰ الغير، سواء كان هذا الأثر حقًّا أو التزامًا (عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (ج5/ ص192، 193).

وقد نصت المادة (306/ 1) من مرشد الحيران علىٰ أنه «إنما تجري أحكام العقد في حق العاقدين، ولا يلتزم بها غيرهما» انظر البدائع (ج5/ ص172)، فتح القدير (ص127و 176)، مجمع الضمانات ص(81)، ابن عابدين (ج4/ ص163)، ولكن في ضوء تطور ظروف المجتمع وما تقتضيه المصالح المشروعة في التعامل أصبح من الجائز أن يرتب العقد حقًّا لصالح الغير، ما دام المتعاقدان يريدان ذلك، وما دام الغير يقبل ذلك.

مادة (157):

1- يجوز للمشترط دون دائنيه أو ورثته أن ينقض المشارطة قبل أن يعلن المنتفع إلىٰ المتعهد أو إلىٰ المشترط رغبته في الاستفادة منها، ما لم يكن ذلك مخالفًا لما يقتضيه العقد.

2- ولا يترتب علىٰ نقض المشارطة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشترط، إلا إذا اتفق صراحة أو ضمنًا علىٰ خلاف ذلك، وللمشترط إحلال منتفع آخر محل المنتفع الأول، كما له أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من المشارطة.

هذه المادة تطابق المادة (155) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (153) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (211) من التقنين الأردني.

وتتفق في حكمها مع المادة (208) من التقنين الكويتي.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة السابقة.

وانظر البدائع (ج5/ ص 172). فتح القدير (ص127و 176)، مجمع الضمانات (ص81)، ابن عابدين (ج4/ ص167).

مادة (158): يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصًا مستقبلًا أو جهة مستقبلة، كما يجوز أن يكون شخصًا أو جهة لم يعينا وقت العقد، متىٰ كان تعيينهما مستطاعًا وقت أن ينتج العقد أثره طبقًا للمشارطة.

هذه المادة تطابق المادة (156) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (154) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (212) من التقنين الأردني.

وتتفق في حكمها مع المادة (205) من التقنين الكويتي.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادتين السابقتين.

وانظر البدائع (ج5/ ص172)، فتح القدير (ص127و 176)، مجمع الضمانات (ص81)، ابن عابدين (ج4/ ص167).



الفرع الثالث

انحلال العقد

مادة (159):

1- في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه، مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتض.

2- ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلًا إذا اقتضت الظروف ذلك، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلىٰ الالتزام في جملته.

هذه المادة تطابق المادة (157) من التقنين الحالي.

وتتفق في حكمها مع المادة (177/ 1) من التقنين العراقي.

وتتفق في حكمها مع المادة (246) من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي:

«1- في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد العاقدين بما وجب عليه بالعقد، جاز للعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه.

2- ويجوز للمحكمة أن تلزم المدين بالتنفيذ في الحال، أو تنظره إلىٰ أجل مسمًّىٰ، ولها أن تقضي بالفسخ وبالتعويض في كل حال إن كان له مقتض».

وتتفق في حكمها مع المادة (209) من التقنين الكويتي.

ولم ترد في الفقه الإسلامي نظرية عامة للفسخ علىٰ غرار ما جاء في النص المقترح والنصوص المقابلة له في التقنينات العربية الأخرىٰ، بل إن الأصل فيه أن الدائن لا يطالب بفسخ العقد إذا أخل المدين بالتزامه، بل يطالب بتنفيذ العقد، وذلك في العقود الملزمة للجانبين اللازمة بطبيعتها والخالية من الخيارات، ومع ذلك فقد أجاز فسخ العقد في بعض الحالات، ولا سيما في عقدي البيع (م448- 450 و 452 من مرشد الحيران)، والإيجار (م570 و 571و 577و 584و 629و 631و 657 من مرشد الحيران).

مادة (160): يجوز الاتفاق علىٰ أن يعتبر العقد مفسوخًا من تلقاء ذاته دون حاجة إلىٰ حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، وهذا الاتفاق لا يعفي من الأعذار، إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة علىٰ الإعفاء منه.

هذه المادة تطابق المادة (158) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (178) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (245) من التقنين الأردني.

وتقابلها المادة (210) من التقنين الكويتي.

ويتفق حكمها مع المبادئ المقررة في الفقه الإسلامي.

مادة (161): في العقود الملزمة للجانبين، إذا انقضىٰ التزام لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، انقضت معه الالتزامات المقابلة له، وينفسخ العقد من تلقاء ذاته.

هذه المادة تتفق في حكمها مع المادة (159) من التقنين الحالي، التي تنص علىٰ أنه «في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضىٰ التزام بسبب استحالة تنفيذه، انقضت معه الالتزامات المقابلة له، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه» وقد أريد بتعديل نص هذه المادة الأخيرة علىٰ النحو الوارد في النص المقترح أن يكون الحكم أكثر وضوحًا؛ لأن الالتزام لا ينقضي إذا كانت استحالة تنفيذه ترجع إلىٰ فعل المدين.

وتتفق في حكمها مع المادة (215) من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي:

«1- في العقود الملزمة للجانبين، إذا أصبح تنفيذ التزام أحد الطرفين مستحيلًا بسبب أجنبي لا يد له فيه - انقضىٰ هذا الالتزام وانقضت معه الالتزامات المقابلة علىٰ الطرف الآخر، وانفسخ العقد من تلقاء نفسه.

2- فإذا كانت الاستحالة جزئية كان للدائن بحسب الأحوال أن يتمسك بالعقد فيما بقىٰ ممكن التنفيذ، أو أن يطلب فسخ العقد».

وتقابل المادة (247) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ أنه «في العقود الملزمة للجانبين إذا طرأت قوة قاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلًا، انقضىٰ معه الالتزام المقابل له، وانفسخ العقد من تلقاء نفسه، فإذا كانت الاستحالة جزئية انقضىٰ ما يقابل الجزء المستحيل، ومثل الاستحالة الجزئية الاستحالة الوقتية في العقود المستمرة، وفي كليهما يجوز للدائن فسخ العقد بشرط علم المدين».

وتقابل المادة (179) من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي:

«1- إذا هلك المعقود عليه في المعاوضات وهو في يد صاحبه، انفسخ العقد سواء

كان هلاكه بفعله أو بقوة قاهرة، وجب عليه رد العوض الذي قبضه لصاحبه.

2- فالمبيع إذا هلك في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري، يكون من مال البائع ولا شيء علىٰ المشتري».

ويميز الفقه الإسلامي بين فسخ العقد وانفساخه: فينفسخ العقد من تلقاء نفسه إذا هلك المعقود عليه هلاكًا كليًا، وفي غير حالة الهلاك الكلي يكون العقد في حاجة إلىٰ الفسخ (انظر م 629 من مرشد الحيران) عبد الرزاق السنهوري مصادر الحق في الفقه الإسلامي (ج6/ ص250).

مادة (162): إذا فسخ العقد أو انفسخ، أعيد المتعاقدان إلىٰ الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك يحكم بالتعويض.

هذه المادة تقابل المادة (160) من التقنين الحالي التي تنص على أنه:

«إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلىٰ الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض»، وقد أدخل علىٰ هذه المادة التعديلان الآتيان:

أولاً: أضيفت عبارة: «أو انفسخ» بعد عبارة: «إذا فسخ العقد»؛ لأن الأثر الذي يترتب علىٰ انفساخ العقد من تلقاء نفسه - هو الأثر ذاته الذي يترتب علىٰ الفسخ، إذ في كلا الحالين يعود المتعاقدان إلىٰ الحالة التي كانا عليها قبل العقد.

ثانيًا: استبدلت بعبارة: «جاز الحكم بالتعويض» في نهاية النص عبارة: «يحكم بالتعويض» توخيًا للدقة في بيان الحكم».

والمادة المقترحة تطابق المادة (248) من التقنين الأردني.

وتقابل المادتين (211و 216) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (180) من التقنين العراقي التي تنص علىٰ أنه «إذا فسخ عقد المعاوضة الوارد علىٰ الأعيان المالية، أو انفسخ - سقط الالتزام الذي كانا مترتبًا عليه، فلا يلزم تسليم البدل الذي وجب بالعقد، وإن كان قد سلم يسترد، فإذا استحال رده يحكم بالضمان».

ويتفق حكمها مع ما يقرره الفقه الإسلامي في هذا الصدد (انظر م 460- 462-

و465و 253- 255) من مرشد الحيران وم (293 و294 و314 من المجلة - البدائع (ج5/ ص171و 175و ص238و 243و ص252).

مادة (163): في العقود الملزمة للجانبين، إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به.

هذه المادة تطابق المادة (161) من التقنين الحالي:

وتتفق في حكمها مع المادة (219) من التقنين الكويتي التي تنص علىٰ أنه «في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الأداء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن الوفاء بالتزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بالوفاء بما التزم به، وذلك ما لم يتفق علىٰ خلافه أو يقض العرف بغيره».

وتقابل المادة (280) من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي:

«1- للبائع أن يحبس المبيع إلىٰ أن يؤدي المشتري جميع الثمن الحال، وللعامل أن يحبس الشيء الذي يعمل فيه إلىٰ أن يستوفي الأجر المستحق، سواء كان لعمله أثر في هذا الشيء أو لم يكن، وذلك كله وفقًا للأحكام التي قررها القانون.

2- وفي كل معاوضة مالية بوجه عام، لكل واحد من المتعاقدين أن يحبس المعقود عليه وهو في يده حتىٰ يقبض البدل المستحق».

وتقابل المادة (388) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ أن «لكل واحد من المتعاقدين في المعاوضات المالية بوجه عام - أن يحتبس المعقود عليه وهو في يده، حتىٰ يقبض البدل المستحق».

ولأن الدفع بعدم تنفيذ العقد يعتبر تطبيقًا للقاعدة العامة في الحق في الحبس، فإن التقنين العراقي والتقنين الأردني جعلانه فرعًا في الحبس، وأوردا النص المتعلق به في المكان المخصص لهذا الحق.

وقد وردت في الفقه الإسلامي تطبيقات للدفع بعدم التنفيذ في عقود مختلفة، كعقد البيع وعقد الإيجار وعقد الوكالة وعقد الزواج، بحيث يمكن أن نستخلص من هذه

التطبيقات نظرية عامة علىٰ النحو الذي جاء في النص المقترح، والنصوص المقابلة له في التقنينات العربية، وهو يقيم الدفع بعدم التنفيذ علىٰ أساس فكرة المساواة بين المتعاقدين، فلا يجبر أحدهما علىٰ تنفيذ التزامه بينما لم يقم الآخر بتنفيذ الالتزام المقابل، وهي فكرة تقود إلىٰ نظرية السبب التي تقيم ارتباطًا بين الالتزامات المتقابلة في العقد الملزم للجانبين.

انظر البدائع (ج4/ ص201) و (ج5/ ص249)، وانظر م(454 و455 من مرشد الحيران، و م 278 إلىٰ 280 من المجلة. وانظر عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (ج6/ ص252- 263).

مادة (164): للمتعاقدين أن يتقايلا العقد برضاهما بعد انعقاده.

هذه المادة مستحدثة.

وتطابقها المادة (181) من التقنين العراقي.

وتطابقها المادة (242) من التقنين الأردني.

وتتفق معها في الحكم المادة (217/ 1) من التقنين الكويتي.

راجع المذكرة الإيضاحية للمواد الثلاثة الخاصة بالإقالة.

مادة (165):

1- يجب أن يكون المعقود عليه قائمًا وموجودًا في يد المتعاقد وقت الإقالة.

2- وإذا هلك بعض المعقود عليه أو حصل التصرف فيه - صحت الإقالة في الباقي بقدر حصته من العوض.

هذه المادة مستحدثة.

وتتفق معها في الحكم المادة (217) من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي:

«1- للمتعاقدين أن يتقايلا العقد برضائهما بعد انعقاده، ما بقي المعقود عليه قائمًا وموجودًا في يد أحدهما».

2- فإذا هلك أو تلف أو حصل التصرف للغير في بعض المعقود عليه - جازت

الإقالة في الباقي منه بقدر حصته من العوض».

وتتفق معها في الحكم المادة (182) من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي:

«1- يلزم أن يكون المعقود عليه قائمًا وموجودًا في يد العاقد وقت الإقالة.

2- ففي البيع يلزم أن يكون المبيع قائمًا وموجودًا في يد المشتري، ولو كان بعض المبيع قد تلف، صحت الإقالة في الباقي بقدر حصته من الثمن، أما هلاك الثمن فلا يكون مانعًا من صحة الإقالة».

وتتفق معها في الحكم المادة (244) من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي:

«1- تتم الإقالة بالإيجاب والقبول في المجلس وبالتعاطي، بشرط أن يكون المعقود عليه قائمًا وموجودًا في يد العاقد وقت الإقالة، ولو تلف بعضه صحت الإقالة في الباقي بقدر حصته من الثمن.

راجع المذكرة الإيضاحية للمواد الثلاثة الخاصة بالإقالة.

مادة (166): الإقالة في حق المتعاقدين فسخ، وفي حق الغير عقد جديد.

هذه المادة مستحدثة.

وتطابقها المادة (183) من التقنين العراقي.

وتطابقها المادة (243) من التقنين الأردني.

ويتفق معها في الحكم المادة (218) من التقنين الكويتي التي تنص علىٰ أنه «تعتبر الإقالة من حيث أثرها بمثابة الفسخ في حق العاقدين، وبمثابة عقد جديد في حق الغير».

وقد استمد المشروع النصوص الخاصة بالإقالة من الفقه الإسلامي، علىٰ أنه «تعتبر الإقامة من حيث أثرها بمثابة الفسخ في حق العاقدين، وبمثابة عقد جديد في حق الغير».

فهي اتفاق يهدف فيه الطرفان إلىٰ إلغاء الالتزامات التي ترتبت علىٰ العقد المقال منه، وبذلك يؤدي إلىٰ انحلال العقد، كأن يكون هناك عقد بيع، ثم يتفق الطرفان علىٰ الإقالة منه، فيعود المبيع إلىٰ البائع، ويسترد المشتري الثمن، ويقع هذا الاتفاق بالتراضي بعد قيام العقد طبقًا للقواعد العامة، فيشترط فيه ما يطلب في سائر العقود من شروط انعقاد وشروط صحة، وقد نصت المادة (164) من المشروع في هذا المعنىٰ

علىٰ أن «للمتعاقدين أن يتقايلا العقد برضاهما بعد انعقاده».

والرجوع في الهبة إذا تم بين الواهب والموهوب له بالتراضي، فإنه يعتبر إقالة من الهبة، غير أن هذا الرجوع قد يتم بغير الإقالة، وذلك إذا لم يقبل الموهوب له الإقالة، حيث يجوز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع متىٰ كان يستند في ذلك إلىٰ عذر مقبول، ولم يوجد مانع من الرجوع.

ويشترط في الإقالة، فضلًا عمَّا تقضي به القواعد العامة، أن يكون المعقود عليه قائمًا وموجودًا في يد العاقد وقت الإقالة، وهذا شرط يتطلبه الفقه الإسلامي علىٰ أساس أن المعقود عليه في البيع هو المبيع، فإذا هلك المبيع لم يبق محل حكم البيع فلا يبقىٰ حكمه، ومن ثم لا تتصور الإقالة التي هي رفع حكم البيع في الحقيقة. وفي هذا المعنىٰ نصت المادة (165) من المشروع علىٰ أنه «1- يجب أن يكون المعقود عليه قائمًا وموجودًا في يد المتعاقد وقت الإقالة.

2- وإذا هلك بعض المعقود عليه أو حصل التصرف فيه، صحت الإقالة في الباقي بقدر حصته من العوض».

وقد اختلف الفقه الإسلامي في تكييف الإقالة، فيرىٰ أبو حنيفة أن الإقالة فسخ في حق المتقايلين، وبيع جديد في حق الغير، ويرىٰ أبو يوسف أنها بيع جديد في حق المتقايلين وفي حق الغير، وهذا أيضًا هو الرأي في مذهب مالك ويرىٰ محمد أنها فسخ في حق المتقايلين وفي حق الغير، وهذا أيضًا هو الرأي في مذهب الشافعي ومذهب أحمد، ويرىٰ زفر أنها فسخ في حق المتقايلين وفي حق الغير انظر في هذا: البدائع (ج5/ ص306- 308)، الفتاوىٰ الهندية (ج5/ ص194)، عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (ج6/ ص269- 277).

وقد أخذ المشروع في هذا الصدد برأي الإمام أبي حنيفة. فنصت المادة (166) من المشروع علىٰ أن «الإقالة في حق المتعاقدين فسخ، وفي حق الغير عقد جديد». ويترتب علىٰ اعتبار الإقالة فسخًا فيما بين المتعاقدين - أن يزول العقد المقال منه بأثر رجعي، فيعتبر العقد كأن لم يكن. فإذا كان العقد المقال منه بيعًا، فإن الملكية التي انتقلت إلىٰ المشتري في هذا العقد تزول بأثر رجعي، فيعتبر المشتري أنه لم يكن مالكًا قط. ويستثنىٰ

من ذلك عقد المدة، إذ إن طبيعة هذا العقد تأبىٰ الرجوع فيما تم تنفيذه منه؛ لأن الزمن معقود عليه في هذا العقد، وما مضىٰ من الزمن لا يعود، ولذلك فإن الأثر الرجعي لا يسري في شأن ما تم تنفيذه من هذا العقد.

ويترتب علىٰ اعتبار الإقالة عقدًا جديدًا بالنسبة إلىٰ الغير - أنها لا تمس حقوق الغير، فإذا كان العقد المقال منه بيعًا، فإن العين تعود إلىٰ البائع محملة بما ترتب عليها للغير من حقوق كرهن في الفترة ما بين البيع والإقالة. وإذا كان العقد المقال منه قد سجل وجب أيضًا تسجيل عقد الإقالة، ويأخذ بالشفعة عند التقايل؛ لأنه من الغير، والإقالة بيع في حق الغير.

ويخلص مما تقدم أن المشروع في تنظيمه للإقالة أخذ من الفقه الإسلامي حكمين:

الأول: أنه اشترط أن يكون المعقود عليه قائمًا وموجودًا في يد العاقد وقت الإقالة.

والثاني: أنه جعل الإقالة في حق المتعاقدين فسخًا، وفي حق الغير عقدًا جديدًا، وفيما عدا ذلك من الأحكام تسري القواعد العامة.



الفصل الثاني
الإرادة المنفردة

مادة (167):

1- لا تلزم الإرادة المنفردة صاحبها إلا في الأحوال التي ينص فيها القانون علىٰ ذلك.

2- وتسري علىٰ الإرادة المنفردة أحكام العقد، إلا إذا كانت هذه الأحكام تتعلق بوجود إرادتين متطابقتين لإنشاء الالتزام، أو كانت تتعارض مع نص القانون.

هذه المادة مستحدثة.

وكان النص المقترح في المشروع التمهيدي، وهو المادة (228)، للتقنين الحالي يجري علىٰ النحو الآتي:

«1- إذا كان الوعد الصادر من جانب واحد مكتوبًا وكان لمدة معينة، فإن هذا الوعد يلزم صاحبه من الوقت الذي يصل فيه إلىٰ علم من وجه إليه، ما دام هذا لم يرفضه.

2- وتسري علىٰ هذا الوعد الأحكام الخاصة بالعقود، إلا ما يتعلق منها بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لإنشاء الالتزام.

3- يبقىٰ الإيجاب في العقود خاضعًا للأحكام الخاصة به، ويسري حكم المادة التالية علىٰ كل وعد بجائزة موجه إلىٰ الجمهور».

وهذا النص الذي ورد في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي كان يجعل من الإرادة المنفردة مصدرًا للالتزام بوجه عام، ثم حذف في لجنة المراجعة عدولًا عن وضع قاعدة عامة تجعل الإرادة المنفردة ملزمة، واكتفاء بالحالات المنصوص عليها في القانون: من أن الإرادة المنفردة تنشئ التزامًا. وقد ترتب علىٰ هذا الحذف أن أصبح النص الوحيد الموجود في الفصل الخاص بالإرادة المنفردة - هو نص الوعد بجائزة الموجه إلىٰ الجمهور في المادة (162) من التقنين الحالي، وعلىٰ أثر ذلك وجد خلاف في الفقه،

فذهب رأي إلىٰ أنه بعد حذف النص المقترح لم تعد الإرادة المنفردة مصدرًا للالتزام، وأصبحت الالتزامات الناشئة عنها تقوم بمقتضىٰ نصوص قانونية خاصة، بحيث صار نص القانون هو المصدر المباشر لهذه الالتزامات. بينما ذهب رأي آخر إلىٰ اعتبار الإرادة المنفردة مصدرًا استثنائيًّا للالتزام؛ لأن الالتزامات التي يكون القانون مصدرًا مباشرًا لها لا تستند إلا إلىٰ وقائع مادية، أما الالتزامات التي تنشئها الإرادة المنفردة فمصدرها المباشر هو هذه الإرادة. وهذا هو الرأي الذي يعتنقه الفقه الحديث في ألمانيا، وإيطاليا، وفرنسا، ويقول به أغلب الفقه في مصر، كما هو مسلك التشريعات الحديثة:

فالتقنين الألماني ينص في المادة (305) علىٰ أن «إنشاء الالتزام بمقتضىٰ تصرف قانوني لا يكون إلا بعقد، عدا الأحوال التي ينص فيها القانون علىٰ خلاف ذلك».

والتقنين الإيطالي ينص في المادة (1987) علىٰ أن «الوعد المنفرد بالقيام بأداء لا يكون له أثر ملزم في غير الأحوال التي نص عليها القانون».

والتقنين العراقي ينص في المادة (184) على ما يأتي:

«1- لا تلزم الإرادة المنفردة صاحبها إلا في الأحوال التي ينص فيها القانون علىٰ ذلك.

2- ويسري عليها ما يسري علىٰ العقد من أحكام إلا ما يتعلق منها بوجود إرادتين متطابقتين لإنشاء الالتزام»:

والتقنين الليبي ينص في المادة (65) على ما يأتي:

«1- إذا نص القانون علىٰ أن تكون الإرادة المنفردة مصدرًا للالتزام سرىٰ عليها ما يسري علىٰ العقد من أحكام، إلا إذا كانت هذه الأحكام يقتضيها تعدد الإرادة أو كانت تتعارض مع نص القانون.

2- وتسري بوجه عام أحكام العقد علىٰ الإرادة المنفردة، باعتبارها تصرفًا قانونيًّا يرتب آثارًا أخرىٰ غير إنشاء الالتزام».

ويلاحظ أن هذا النص الوارد في التقنين الليبي متأثر بالرأي الفقهي الذي أشير إليه، والذي يذهب إلىٰ أن نص القانون هو المصدر المباشر للالتزامات التي تكون الإرادة المنفردة مصدرًا لها بمقتضىٰ النص.

والتقنين الأردني: ينص في المواد من (250) إلىٰ (253) علىٰ ما يأتي:

م(250): «يجوز أن يتم التصرف بالإرادة المنفردة للمتصرف دون توقف على القبول ما لم يكن فيه إلزام الغير بشيء، وذلك طبقًا لما يقضي به القانون».

م(251): «1- تسري على التصرف الانفرادي الأحكام الخاصة بالعقود إلا ما تعلق منها بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لنشوء العقد، وذلك ما لم ينص القانون على غير ذلك».

2- ويبقى الإيجاب في العقد خاضعًا للأحكام الخاصة به».

م 252: إذا استوفى التصرف الانفرادي ركنه وشروطه، فلا يجوز للمتصرف الرجوع فيه ما لم ينص القانون على غير ذلك».

م 253: «1- إذا كان التصرف الانفرادي تمليكًا فلا يثبت حكمه للمتصرف إليه إلا بقبوله».

2- وإذا كان إسقاطًا فيه معنى التمليك، أو كان إبراءً من دين، فيثبت حكمه للمتصرف إليه، ولكن يرتد برده في المجلس.

3- وإذا كان إسقاطًا محضًا فثبت حكمه ولا يرتد بالرد.

4- كل ذلك ما لم ينص القانون على خلافه».

والتقنين الكويتي ينص في المادة (220) على ما يأتي:

«1- التصرف القانوني الصادر بالإرادة المنفردة - لا ينشئ التزامًا، ولا يعدل في التزام قائم ولا ينهيه، إلا في الأحوال الخاصة التي ينص عليها القانون.

2- فإن قضى القانون بنشوء الالتزام أو بتعديله أو بانقضائه بمقتضى التصرف الصادر بالإرادة المنفردة - سرى على هذا التصرف ما يسري على العقد بوجه عام من أحكام القانون، إلا ما كان منها متعارضًا مع قيام التصرف على الإرادة الواحدة، وعلى الأخص ما تعلق بتوافق إرادتي طرفي العقد».

والفقه الإسلامي يعترف للإرادة المنفردة بالقدرة على إنشاء الالتزام، ويميز في هذا الصدد بين الالتزام والوعد والنذر، ولكنه يختلف في مدى التقيد بتصرف من هذه التصرفات، انظر: البدائع (ج5/ ص81) وما بعدها (وج6/ ص115- 214) وانظر عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (ج1/ ص41- 46).

وفي ضوء كل ما تقدم فإن النص المقترح يقف بالإرادة المنفردة عند حد كونها مصدرًا استثنائيًّا للالتزام، فلا تعتبر كذلك إلا في الحالات التي ينص فيها القانون علىٰ الالتزام بالإرادة المنفردة.

مادة (168):

1- من وجه للجمهور وعدًا بجائزة يعطيها عن عمل معين، التزم بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل، ولو قام به دون نظر إلىٰ الوعد بالجائزة، أو دون علم بها.

2- وإذا لم يعين الواعد أجلًا للقيام بالعمل - جاز له الرجوع في وعده بإعلان يوجهه للجمهور، علىٰ ألا يؤثر ذلك في حق من أتم العمل قبل الرجوع في الوعد، ولا تسمع دعوىٰ المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع في خلال ستة أشهر من تاريخ إعلانه العدول للجمهور.

هذه المادة تطابق المادة (162) من التقنين الحالي، مع استبدال عبارة: «ولا تسمع» بعبارة: «وتسقط» في الفقرة الثانية.

وتقابل المادة (185) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (255) من التقنين الأردني.

وتقابلها المواد (221- 226) من مشروع التقنين الكويتي.

وتتضمن المادة المقترحة تطبيقًا للالتزام بإرادة منفردة، حيث يلتزم من يوجه إلىٰ الجمهور وعدًا بجائزة عن عمل معين بإرادته المنفردة.

ويتفق هذا التطبيق مع ما هو مقرر في الفقه الإسلامي من التزام الواعد بوعده (عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (ج1/ ص45).



الفصل الثالث
العمل غير المشروع

الفرع الأول
المسئولية عن الأعمال الشخصية

مادة (169): 1- كل فعل سبب ضررًا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض، ولو كان غير مميز.

تتناول هذه المادة القاعدة في المسئولية عن الأعمال الشخصية، فهي بهذه المثابة تعتبر القاعدة العامة في المسئولية عن العمل غير المشروع.

وهذه المادة يقابلها في التقنين الحالي المادتان الآتيتان:

م(163): «كل خطأ سبب ضررًا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض».

م(164): «يكون الشخص مسئولًا عن أعماله غير المشروعة متىٰ صدرت منه وهو مميز.

1- ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز، ولم يكن هناك من هو مسئول عنه، أو تعذر الحصول علىٰ التعويض من المسئول - جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعيًا في ذلك مركز الخصوم».

وتقابلها في التقنين العراقي المواد الآتية:

م(186): «1- إذا أتلف أحد مال غيره أو أنقص قيمته مباشرة أو تسببًا - يكون ضامنًا، إذا كان في إحداثه هذا الضرر قد تعمد أو تعدىٰ.

2- وإذا اجتمع المباشر والمتسبب ضمن المتعمد أو المتعدىٰ منهما، فلو ضمنا معًا كانا متكافلين في الضمان».

م(191): «1- إذا أتلف صبي مميز أو غير مميز أو من في حكمهما مال غيره - لزمه الضمان من ماله.

2- وإذا تعذر الحصول علىٰ التعويض من أموال من وقع منه الضرر إن كان صبيًا

غير مميز أو مجنونًا - جاز للمحكمة أن تلزم الولي أو القيم أو الوصي بمبلغ التعويض، علىٰ أن يكون لهذا الرجوع بما دفعه علىٰ من وقع منه الضرر.

3- عند تقدير التعويض العادل عن الضرر لا بد للمحكمة أن تراعي في ذلك مركز الخصوم».

م202: «كل فعل ضار بالنفس من قتل أو جرح أو ضرب، أو أي نوع آخر من أنواع الإيذاء - يلزم بالتعويضات من أحدث الضرر».

م204: «كل تعد يصيب الغير بأي ضرر آخر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض».

م216: «1- لا ضرر ولا ضرار. والضرر لا يزال بمثله، وليس للمظلوم أن يظلم بما ظلم.

2- فلو أتلف أحد مال غيره في مقابل إتلاف هذا لماله - كان كل منهما ضامنًا للآخر ما أتلف، ولو انخذع شخص فأخذ دراهم زائفة من شخص آخر - فليس له أن يصرفها إلىٰ غيره».

وتقابلها في التقنين الأردني المواد الآتية:

م 256: «كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر».

م257: «1- يكون الإضرار بالمباشرة أو التسبب.

2- فإن كان بالمباشرة لزم الضمان ولا شرط له، وإذا وقع بالتسبب فيشترط التعدي أو التعمد أو أن يكون الفعل مفضيًا إلىٰ الضرر».

م258: «إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلىٰ المباشر».

م260: «ليس لمن أتلف ماله شخص أن يتلف مال ذلك الشخص، وإلا ضمن كل منهما ما أتلفه».

م273: «ما يجب من مال في الجناية علىٰ النفس وما دونها، ولو كان الجاني غير مميز هو علىٰ العاقلة أو الجاني للمجني عليه، أو ورثته الشرعيين وفقًا للقانون».

م274: «رغمًا عما ورد في المادة السابقة، كل من أتىٰ فعلًا ضارًّا بالنفس من قتل أو جرح أو إيذاء - يلزم بالتعويض عما أحدثه من ضرر للمجني عليه، أو ورثته الشرعيين،

أو من كان يعولهم وحرموا من ذلك بسبب الفعل الضار».

م275: «من أتلف مال غيره أو أفسده ضمن مثله إن كان مثليًّا، وقيمته إن كان قيميًّا، وذلك مع مراعاة الأحكام العامة للتضمين».

م278: «إذا أتلف صبي مميز أو غير مميز أو من في حكمهما مال غيره - لزمه الضمان من ماله».

وتقابلها في التقنين الكويتي المادة (227) التي تنص على ما يأتي:

«1- كل من أحدث بخطئه ضررًا بغيره يلتزم بتعويضه، سواء كان في إحداثه الضرر مباشرًا أو متسببًا.

2- ويلتزم الشخص بتعويض الضرر الناشئ عن فعله الخاطئ ولو كان غير مميز».

وفي الفقرة الأولىٰ من النص المقترح تتضح أركان المسئولية التقصيرية، وهي ثلاثة: الفعل الضار والضرر وعلاقة السببية بين الفعل والضرر. وهذه الأركان جميعها واجبة الإثبات، غير أنه يلاحظ أن النص المقترح جاء فيه لفظ «فعل» بدلًا من لفظ «خطا» الوارد في نص التقنين الحالي، وهذا التغيير مقصود، ومقتضاه أن يتوزع عبء الإثبات علىٰ عاتق الطرفين في الدعوىٰ. حيث يكتفي من المضرور بإثبات الفعل الذي ترتب عليه الضرر، أي إثبات نسبة هذا الفعل إلىٰ المدعىٰ عليه. ويبقىٰ علىٰ هذا الأخير أن يقيم الدليل علىٰ أن الفعل المنسوب إليه مما يجوز له أن يأتيه شرعًا، فإذا نجح في هذا الإثبات اندفعت المسئولية عنه؛ لأن الجواز الشرعي ينافي الضمان، وإذا لم ينجح قامت مسئوليته، وبذلك يتوزع عبء الإثبات بين الطرفين، الأمر الذي يخفف عن المضرور عبء إثبات خطأ يصعب إثباته في كثير من الحالات.

وقد يبدو لأول وهلة أن هذا التغيير لا ينطوي علىٰ أهمية له من الناحية العملية، لا سيما إذا عرفنا أن ما يحصل عملًا هو أن يبادر كل من الطرفين منذ البداية إلىٰ تقديم ما يراه من أدلة لصالحه، ولكن مع ذلك فإن التطبيق العملي قد يسفر عن صور لم تخطر علىٰ البال، فيكون من الأفضل تحديد عبء الإثبات علىٰ هذا النحو. إذ إن لهذا التحديد أهميته لمعرفة من يكسب الدعوىٰ ومن يخسرها، فالذي لا يقع عليه عبء الإثبات لا يخسر الدعوىٰ إذا أخفق في التدليل علىٰ ما يدعيه.

ويلاحظ في هذا الشأن أن الفقه الإسلامي عنىٰ بذكر تطبيقات عديدة للقاعدة العامة فيما يتعلق بالفعل الضار، فتحدث عن إتلاف المال، والغصب، والأفعال الضارة التي تقع علىٰ النفس. وقلده في ذلك التقنين العراقي والتقنين الأردني، ولكنهما مع ذلك عادا إلىٰ تقرير القاعدة العامة كما هو واضح من النصوص السالفة الذكر.

وقد رئي عدم الإغراق في التطبيقات والتفاصيل، والاكتفاء بالقاعدة العامة علىٰ النحو الوارد في النص المقترح، فهذا أسلم من الناحية التشريعية، وأدعىٰ إلىٰ ترك الباب مفتوحًا أمام الاجتهاد، لا سيما وأن التطبيقات مهما كثرت لا يتصور أن تكون شاملة كل ما يدخل تحت القاعدة العامة.

وهناك مسألة يجب إلقاء الضوء عليها، وهي علاقة السببية بين الخطأ والضرر. فالمسئولية - سواء كانت عقدية أو تقصيرية - تقوم علىٰ أركان ثلاثة: هي الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما، فلا يكفي لقيام المسئولية أن يكون هناك خطأ وضرر، بل لا بد أن يكون الخطأ هو السبب الذي أدىٰ إلىٰ وقوع الضرر، ومعرفة ما إذا كانت السببية قد قامت بين الخطأ والضرر أم لم تقم، مسألة يدق النظر فيها حين تتعدد الأسباب التي أدت إلىٰ وقوع الضرر، ولذلك تعددت فيها النظريات سواء في فقه القانون الوضعي أو في الفقه الإسلامي، ومن النظريات التي جاءت في الفقه الإسلامي أن المباشر ضامن وإن لم يتعمد (م92 من المجلة)، والمتسبب لا يضمن إلا بالتعمد (م 93 من المجلة)، وإذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلىٰ المباشر (م 90 من المجلة)، وبها أخذ التقنين العراقي والتقنين الأردني والتقنين الكويتي، ولكنها ليست النظرية الوحيدة في الفقه الإسلامي، والنص علىٰ نظرية معينة ليس عملًا سليمًا من الناحية التشريعية، حيث يحسن أن يترك الباب مفتوحًا أمام الاجتهاد، وكما خضعت الفكرة لتطور في فقه القانون الوضعي يحسن أن تترك كذلك للتطور في الفقه الإسلامي.

لهذا رئي عدم الإشارة في النص المقترح أو في غيره إلىٰ نظرية بعينها في خصوص علاقة السببية بين الفعل الضار والضرر.

أما عن مسئولية عديم التمييز فقد رئي في النص المقترح أن يؤخذ بما يقرره الفقه الإسلامي، حيث تكون القاعدة هي مسئولية عديم التمييز عن الفعل الضار الذي يصدر

منه، فلا تكون مسئوليته علىٰ سبيل الاستثناء كما يقضي التقنين الحالي، ووجه العدالة ظاهر في الحل المقترح والذي يأخذ به الفقه الإسلامي، والاتجاه الأن نحو التوسع في الحالات التي تقوم فيها المسئولية علىٰ أساس الضرر، وليس علىٰ أساس الخطأ.

ولعل فيما عرضنا له من توزيع عبء إثبات الفعل الضاربين طرفي الدعوىٰ ما يشير إلىٰ الرغبة في أن نخطو خطوة في هذا الطريق» (انظر م 916 من المجلة).

(انظر م(881 -925) من المجلة).

مادة (170): إذا كان من صدر منه الفعل الضار غير مميز، وتعذر الحصول علىٰ التعويض من ماله - جاز للقاضي أن يلزم من هو مسئول عنه بمبلغ التعويض».

هذه المادة تقابل المادة (164) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- يكون الشخص مسئولًا عن أعماله غير المشروعة متىٰ صدرت منه وهو مميز.

2- ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز، ولم يكن هناك من هو مسئول عنه، أو تعذر الحصول علىٰ التعويض من المسئول - جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعيًا في ذلك مركز الخصوم».

وتقابل المادة (291) من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي:

«1- إذا أتلف صبي مميز أو غير مميز أو من في حكمهما مال غيره - لزمه الضمان من ماله.

2- وإذا تعذر الحصول علىٰ التعويض من أموال من وقع منه الضرر إن كان صبيًّا غير مميز أو مجنونًا - جاز للمحكمة أن تلزم الولي أو القيم أو الوصي بمبلغ التعويض، علىٰ أن يكون لهذا الرجوع بما دفعه علىٰ من وقع منه الضرر.

3- عند تقدير التعويض العادل عن الضرر لا بد للمحكمة أن تراعي في ذلك مركز الخصوم».

وتقابل في التقنين الأردني المادتين الآتيتين:

م256: «كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر».

م278: إذا أتلف صبي مميز أو غير مميز أو من في حكمها مال غيره - لزمه الضمان من

ماله».

وتقابل المادة (227/ 2) من التقنين الكويتي التي تنص علىٰ ما يأتي: «ومع ذلك يلتزم الشخص بتعويض الضرر الناشئ عن فعله الخاطئ ولو كان غير مميز».

وحكم المادة المقترحة ييسر للمضرور الحصول علىٰ التعويض، إذا كان من صدر منه الفعل الضار غير مميز، وتعذر الحصول علىٰ التعويض من ماله،حيث يجوز للقاضي في هذه الحالة أن يلزم من هو مسئول عنه بمبلغ التعويض كولي أو وصي أو قيم أو مكلف بالرقابة، يكون لهذا المسئول إذا استطاع أن ينفي الخطأ عن نفسه، أن يرجع فيما بعد علىٰ عديم التمييز (قارن م 916 من المجلة).

مادة (171): يعتبر فعلًا ضارًّا يستوجب المسئولية امتناع الشخص عن تقديم يد المعونة لحماية الغير من خطر يداهمه في النفس أو العرض أو المال، إذا كان في مقدوره أن يبذل هذه المعونة دون أن يتعرض لخطر.

هذه المادة مستحدثة.

وهي تتناول واجبًا يفرضه الشرع حماية للنفس أو العرض أو المال، فإذا وجد شخص غيره يتعرض لأذىٰ في نفسه أو اعتداء علىٰ عرضه أو غصب أو إتلاف لماله – وجب عليه أن يبادر إلىٰ إنقاذ هذا الغير كي يحمي نفسه أو يصون عرضه أو يحفظ ماله، ما دام أن لديه القدرة علىٰ هذا الإنقاذ دون أن يتعرض لخطر، فإن قصر في أداء هذا الواجب تحققت مسئوليته، كأن يرىٰ سباح شخصًا يشرف علىٰ الغرق، فيمتنع عن نجدته رغم قدرته علىٰ إنقاذه دون أن يتعرض لخطر، أو يرىٰ شخصًا آخر يخطف أنثىٰ وهي تستغيث، فيقعد عن نجدتها رغم قدرته علىٰ ذلك، أو يرىٰ شخصًا آخر يخطف مال غيره ويفر به، فلا يبادر إلىٰ تتبعه لاسترداد المال منه رغم أن في وسعه ذلك، أو يراه يضرم النار في مال غيره، فلا يمنعه من ذلك رغم أن هذا المنع في استطاعته.

وقد ثار بحث هذه المسألة في فقه القانون الوضعي الحالي في شأن حالات الامتناع عن تقديم يد المعونة التي لم ينص فيها القانون علىٰ واجب محدد، فكان الرأي أن الشخص لا يكون مسئولًا حتىٰ لو امتنع عن عمل فيه مصلحة محققة لآخر، وذلك حماية

لحرية الممتنع، ولأن الواجب حينئذ يكون من قبيل الواجبات الخلقية التي لا يتكفل بها القانون، علىٰ أن هذا لا يعني – في نطاق القانون الحالي – أن المسئولية في حالة الامتناع لا تقوم إلا عند الإخلال بالتزام قانوني محدد يفرض القيام بعمل معين، كما في حالة الامتناع عن إضاءة مصباح السيارة أثناء السير ليلًا، فهناك حالات يكون الامتناع فيها موجبًا للمسئولية رغم عدم وجود التزام قانوني محدد، وذلك حين يكون هذا الامتناع إخلالًا بواجب عام يقضي باتخاذ ما يلزم لحماية الغير في ظروف معينة، فمثلًا يجب علىٰ مصلحة السكك الحديدية أن تتخذ ما يلزم لتنبيه الجمهور إلىٰ الخطر عند اجتيازه الممرات السطحية التي تعبر خطوطها الحديدية، ويجب علىٰ مصلحة التنظيم عندما تحفر حفرة في الطريق أثناء القيام بعمل يقتضي ذلك – أن تضع بجانبها إشارة تنبه المارة إلىٰ وجودها، بل إن هذا الواجب العام قد تفرضه تقاليد مهنة معينة، فالطبيب الذي يجد في الطريق شخصًا أصيب في حادث بحيث أصبح في حاجة إلىٰ إنقاذ سريع – يجب عليه أن يبادر إلىٰ إنقاذه، فإن امتنع الطبيب عن ذلك كان مخطئًا وتحققت مسئوليته.

وجدير بالذكر في هذا المقام أن قانونًا صدر في فرنسا سنة 1945 عدل الشارع الفرنسي بموجبه المادة (45) من تقنين العقوبات الفرنسي، بحيث أصبح امتناع الشخص عن تقديم المساعدة جريمة إذا كان في استطاعته دون خطر عليه أو علىٰ غيره أن يمنع فعلًا يعد جناية أو جنحة ضد سلامة الغير ولا يمنعه، أو كان يعلم دليل براءة معتقل أو محكوم عليه في جناية أو جنحة ولا يتقدم للإدلاء بشهادته أمام القضاء أو الشرطة، وهاتان حالتان يعتبر الممتنع فيهما آثمًا شرعًا.

ويأتي النص المقترح ليقرر واجبًا قانونيًّا محددًا في هذا الصدد، فيغنينا عن تلمس الحالات التي يكون الامتناع فيها عن تقديم يد المعونة موجبًا للمسئولية. فهو يقرر قاعدة من شأنها أن ترتفع بالواجب الخلقي الذي يفرضه الشرع إلىٰ مستوىٰ الواجب القانوني الذي يستوجب المسئولية. وحري بالمجتمع الإسلامي أن يأخذ بقاعدة علىٰ هذا النحو، تستوعب جميع الحالات التي يقعد فيها الشخص عن المبادرة إلىٰ إنقاذ الغير من خطر يداهمه في النفس أو العرض أو المال رغم استطاعته ذلك.

مادة (172): إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، كقوة قاهرة أو فعل المضرور أو فعل الغير - كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص أو اتفاق علىٰ غير ذلك.

تتناول هذه المادة السبب الأجنبي الذي من شأنه أن يقطع علاقة السببية بين فعل المدعىٰ عليه في دعوىٰ المسئولية، والضرر الذي أصاب المدعي في هذه الدعوىٰ.

وهي تطابق في حكمها المادة (165) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ أنه «إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوىٰ قاهرة، أو خطأ من المضرور، أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص أو اتفاق علىٰ غير ذلك».

وتطابق في حكمها المادة (211) من التقنين العراقي التي تنص علىٰ أنه «إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه: كآفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو خطأ المتضرر - كان غير ملزم بالضمان، ما لم يوجد نص أو اتفاق علىٰ غير ذلك».

وتطابق في حكمها المادة (261) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ أنه «إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه: كآفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو فعل المتضرر - كان غير ملزم بالضمان، ما لم يقض القانون أو الاتفاق بغير ذلك».

وتطابق في حكمها المادة (233) من التقنين الكويتي التي تنص علىٰ أنه «إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي عنه لا يد له فيه كقوة قاهرة أو حادث فجائي أو فعل المضرور أو فعل الغير - كان غير ملزم بالتعويض، وذلك ما لم يوجد نص يقضي بغيره».

ولم يرد في النص المقترح ذكر للحادث المفاجئ الذي ذكرته النصوص المقابلة؛ لأنه يعتبر من قبيل القوة القاهرة، ولذلك لا يفرق الفقه بينهما في الحكم، وكذلك لم تذكر في النص المقترح الآفة السماوية التي ذكرها النصان العراقي والأردني نقلًا عن

الفقه الإسلامي؛ لأنها أيضًا تعتبر من قبيل القوة القاهرة.

مادة (173):

1- الضرورات تبيح المحظورات، ولكنها تقدر بقدرها.

2- فمن أحدث ضررًا وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو عرضه أو ماله أو عن نفس الغير أو ماله - كان غير مسئول، علىٰ ألا يجاوز في دفاعه القدر الضروري، وإلا أصبح ملزمًا بتعويض تراعىٰ فيه مقتضيات العدالة».

تتناول هذه المادة حالة الدفاع الشرعي.

والفقرة الأولىٰ من هذه المادة مستحدثة، وهي تطابق الفقرة الأولىٰ من المادة (212) من التقنين العراقي.

والفقرة الثانية من هذه المادة تطابق المادة (166) من التقنين الحالي.

وتقابل الفقرة الثانية من المادة (212) من التقنين العراقي التي تنص علىٰ ما يأتي: «فمن أحدث ضررًا وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو عن غيره - كان غير مسئول علىٰ ألا يجاوز في ذلك القدر الضروري، وإلا أصبح ملزمًا بتعويض تراعىٰ فيه مقتضيات العدالة».

وتقابل المادة (262) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ أن «من أحدث ضررًا وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو ماله أو عن نفس الغير ماله كان غير مسئول علىٰ ألا يجاوز قدر الضرورة وإلا أصبح ملزمًا بضمان بقدر ما جاوزه».

وتطابق في حكمها المادة (235) من التقنين الكويتي.

والفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة تتضمن المبدأ الشرعي الذي يقول به الفقه الإسلامي والذي يعتبر حكم الفقرة الثانية تطبيقًا له (م21 و22 من المجلة).

مادة (174):

1- يختار أهون الشرين. فإذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمها ضررًا بارتكاب أخفهما، ويزال الضرر الأشد بالضرر الأخف، ولكن الاضطرار لا يبطل حق الغير إبطالًا كليًّا.

2- فمن اضطر إلىٰ أن يلحق ضررًا بالغير ليتفادىٰ ضررًا أكبر محدقًا به أو بغيره، لا يكون ملزمًا إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسبًا.

والفقرة الأولىٰ من هذه المادة مستحدثة، وهي تطابق الفقرة الأولىٰ من المادة (213) من التقنين العراقي.

والفقرة الثانية من هذه المادة تقابل المادة (168) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ أنه «من سبب ضررًا للغير ليتفادىٰ ضررًا أكبر محدقًا به أو بغيره - لا يكون ملزمًا إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسبًا».

وتقابل الفقرة الثانية من المادة (213) من التقنين العراقي التي تنص علىٰ ما يأتي: «فمن سبب ضررًا للغير وقاية لنفسه أو لغيره من ضرر محدق يزيد كثيرًا علىٰ الضرر الذي سببه - لا يكون ملزمًا إلا بالتعويض الذي تراه المحكمة مناسبًا».

وتقابل المادة (236) من التقنين الكويتي.

والفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة تتضمن المبدأين الشرعيين اللذين يقول بهما الفقه الإسلامي، والذي يعتبر حكم الفقرة الثانية تطبيقًا لهما (م27، 28، 29، 33 من المجلة).

مادة (175): لا يكون الموظف العام مسئولًا عن فعله الذي أضر بالغير إذا قام به تنفيذًا لأمر صدر إليه من رئيس، متىٰ كانت إطاعة هذا الأمر واجبة عليه، أو كان يعتقد أنها واجبة، وأثبت أنه كان يعتقد مشروعية الفعل الذي وقع منه، وكان اعتقاده مبنيًّا علىٰ أسباب معقولة، وأنه راعىٰ في عمله جانب الحيطة.

هذه المادة تطابق المادة (167) من التقنين الحالي، مع تعديل لفظي طفيف.

وتطابق في حكمها الفقرة الثانية من المادة (215) من التقنين العراقي، وتطابق في حكمها الفقرة الثانية من المادة (263) من التقنين الأردني.

وتطابق في حكمها المادة (237) من التقنين الكويتي.

وهي تعتبر تطبيقًا لمبدأ شرعي يقول به الفقه الإسلامي، حيث يقضي بأن «يضاف الفعل إلىٰ الفاعل لا الآمر ما لم يكن مجبرًا» (م89/ من المجلة).



الفرع الثـاني
المسئولية عن عمل الغير والمسئولية النـاشئة عن الأشيـاء
1 - المسئولية عن عمل الغير

مادة (176):

1- كل من يجب عليه قانونًا أو اتفاقًا رقابة شخص في حاجة إلىٰ الرقابة، بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية - يكون ملزمًا بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع، وذلك ما لم يثبت أنه قام بواجب الرقابة، أو أن الضرر كان لا بد واقعًا، ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية.

2- ويعتبر القاصر في حاجة إلىٰ الرقابة إذا لم يبلغ خمس عشرة سنة، أو بلغها وكان في كنف القائم علىٰ تربيته، وتنتقل الرقابة علىٰ القاصر إلىٰ معلمه في المدرسة أو المشرف في الحرفة، ما دام القاصر تحت إشراف المعلم أو المشرف، وتنتقل الرقابة علىٰ الزوجة القاصر إلىٰ زوجها، أو إلىٰ من يتولىٰ الرقابة علىٰ الزوج، إذا كانت الزوجة في كنف متولي الرقابة.

هذه المادة تقابل المادة 173 من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- كل من يجب عليه قانونًا أو اتفاقًا رقابة شخص في حاجة إلىٰ الرقابة، بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزمًا بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع، ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز.

2- ويعتبر القاصر في حاجة إلىٰ الرقابة إذا لم يبلغ خمس عشرة سنة، أو بلغها وكان في كنف القائم علىٰ تربيته، وتنتقل الرقابة علىٰ القاصر إلىٰ معلمه في المدرسة أو

المشرف في الحرفة، ما دام القاصر تحت إشراف المعلم أو المشرف، وتنتقل الرقابة علىٰ الزوجة القاصر إلىٰ زوجها أو إلىٰ من يتولىٰ الرقابة علىٰ الزوج.

3- ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسئولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة، أو أثبت أن الضرر كان لا بد واقعًا، ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية».

وقد أدخل على هذه المادة التعديلات الآتية:

أولًا: حذف من الفقرة الأولىٰ العبارة الأخيرة فيها، وهي التي تفيد التزام المكلف بالرقابة بالتعويض، ولو كان من وقع منه الفعل الضار غير مميز، حيث صار حكمها مسلمًا بعد أن أصبحت القاعدة في النصوص المقترحة هي التزام من يقع منه الفعل الضار بالتعويض، ولو كان غير مميز.

ثانيًا: أضيفت في آخر الفقرة الثانية عبارة: «إذا كانت الزوجة في كنف متولي الرقابة»، وذلك لقصر مسئولية متولي الرقابة علىٰ الزوج علىٰ الحالة التي تكون فيها الزوجة في كنف متولي الرقابة علىٰ زوجها؛ لأنه إذا كانت الزوجة منفصلة عن الزوج فلا محل لمساءلة متولي الرقابة عن أفعالها الضارة.

ثالثًا: أدمج حكم الفقرة الثالثة مع حكم الفقرة الأولىٰ.

والمادة المقترحة تطابق في حكمها المادة (238) من التقنين الكويتي.

وتقابل الفقرة الأولىٰ (أ) من المادة (288) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ ما يأتي: «لا يسأل أحد عن فعل غيره، ومع ذلك فللمحكمة بناء علىٰ طلب المضرور إذا رأت مبررًا أن تلزم بأداء الضمان المحكوم به علىٰ من أوقع الضرر.

أ- من وجبت عليه قانونًا أو اتفاقًا رقابة شخص في حاجة إلىٰ الرقابة بسبب قصره أو حالته العقلية أو الجسمية إلا إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة، أو أن الضرر كان لا بد واقعًا ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية».

وتقابل المادة (218) من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي:

«1- يكون الأب ثم الجد ملزمًا بتعويض الضرر الذي يحدثه الصغير.

2- ويستطيع الأب أو الجد أن يتخلص من المسئولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة، أو أن الضرر كان لا بد واقعًا حتىٰ لو قام بهذا الواجب».

وحكم المادة المقترحة، إذ يلزم المكلف بالرقابة بتعويض الضرر الناجم عن فعل الخاضع لرقابته، وإذ يقيم قرينة تخفف عبء الإثبات عن المضرور في هذا الصدد، إنما يهدف إلىٰ حماية المضرور وتيسير حصوله علىٰ التعويض، ويبقىٰ أمام المكلف بالرقابة أن يرجع بما أداه من تعويض علىٰ الخاضع للرقابة، وبذلك فإن هذا الحكم يتفق مع القاعدة الشرعية التي تقضي بأن الضرر يزال (م20 من المجلة)، وأن الضرر يدفع بقدر الإمكان (م31 من المجلة).

مادة (177):

1- يكون المتبوع مسئولًا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار، متىٰ كان واقعًا منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها.

2- وتقوم رابطة التبعية، ولو لم يكن المتبوع حرًّا في اختيار تابعه، متىٰ كانت له عليه سلطة فعلية في رقابته وفي توجيهه.

هذه المادة تطابق المادة (174) من التقنين الحالي

وتطابق في حكمها المادة (240) من التقنين الكويتي.

وتقابل الفقرة الأولىٰ (ب) من المادة (288) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ ما يأتي: «لا يسأل أحد عن فعل غيره، ومع ذلك فللمحكمة بناء علىٰ طلب المضرور إذا رأت مبررًا أن تلتزم بأداء الضمان المحكوم به علىٰ من أوقع الضرر.

ب- من كانت له علىٰ من وقع منه الإضرار سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه، ولو لم يكن حرًّا في اختياره، إذا كان الفعل الضار قد صدر من التابع في حال تأدية وظيفته أو بسببها».

وتقابل المادة (219) من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي:

«1- الحكومة والبلديات والمؤسسات الأخرىٰ التي تقوم بخدمة عامة، وكل شخص يستغل إحدىٰ المؤسسات الصناعية أو التجارية - مسئولون عن الضرر الذي يحدثه مستخدموهم، إذا كان الضرر ناشئًا عن تعد وقع منهم أثناء قيامهم بخدماتهم.

2- ويستطيع المخدوم أن يتخلص من المسئولية إذا أثبت أنه بذل ما ينبغي من العناية لمنع وقوع الضرر، أو أن الضرر كان لا بد واقعًا حتىٰ لو بذل هذه العناية».

ويلاحظ أن المسئولية في حكم النص الذي نحن بصدده تقررها قاعدة موضوعية، بمعنىٰ أن القاعدة الواردة في هذا النص تقرر حكمًا موضوعيًّا وليست قاعدة إثبات، ومن ثم فهي لا تتضمن قرينة قانونية علىٰ خطأ المتبوع، وما يقال من أنها تشتمل علىٰ قرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس – قول ليس له معنىٰ قانوني. فهو ليس إلا تعبيرًا غير سليم عن قاعدة موضوعية، ذلك أن فكرة القرينة القاطعة فكرة مشكوك في صحتها، إذ الدليل لا بد أن يقبل إثبات العكس، فإذا امتنع هذا الإثبات أصبحنا بصدد قاعدة موضوعية حقيقية.

كما أن هذه المسئولية تقوم علىٰ فكرة الضمان، فقد رأىٰ الشارع لاعتبارات تقوم علىٰ التكافل الاجتماعي أن يضمن المتبوع خط تابعه الذي يقع أثناء تأدية الوظيفة أو بسببها، ويترتب عليه ضرر يصيب الغير، ولا وجه لأن يعترض علىٰ هذا النظر بأن الكفالة هنا مقررة رغم إرادة الكفيل؛ لأننا بصدد ضمان يفرضه القانون لاعتبارات معينة حتىٰ ييسر للمضرور الحصول علىٰ التعويض.

وما دام أن هذا هو الأساس الذي تقوم عليه مسئولية المتبوع، فإن هذه المسئولية تتحقق حتىٰ لو كان المتبوع غير مميز، إذ القانون هو مصدر الضمان الذي تقوم عليه هذه المسئولية، ومن ثم لا يشترط التمييز لقيامها.

وينبني علىٰ ذلك أنه إذا توفرت شروط مسئولية المتبوع فإن هذه المسئولية تتحقق دون أن يكون في وسع المتبوع أن يدرأها عن نفسه بأية وسيلة، إذ لا تصح مناقشة قاعدة موضوعية لاستبعاد تطبيقها.

وما يقال من أن المتبوع يستطيع أن يدفع مسئوليته بنفي مسئولية التابع استنادًا إلىٰ سبب أجنبي – قول تعوزه الدقة، إذ إن مسئولية المتبوع لا تقوم إلا إذا تحققت مسئولية التابع، فإذا انتفت هذه الأخيرة فإن الأولىٰ لا تقوم لعدم توافر الشروط اللازمة لذلك، ويبقىٰ أمام المتبوع أن يرجع بما أداه من تعويض علىٰ تابعه.

وحكم المادة المقترحة، إذ يلزم المتبوع بضمان الفعل الضار الذي يقع من تابعه، إنما يهدف إلىٰ حماية المضرور وتيسير حصوله علىٰ التعويض علىٰ أساس من التكافل الاجتماعي، ويبقىٰ أمام المتبوع أن يرجع بما أداه من تعويض علىٰ تابعه، وبذلك فإن هذا

الحكم يتفق مع القاعدة الشرعية التي تدعو إلىٰ التكافل الاجتماعي والأخذ بيد المضرور كلما أمكن ذلك.

مادة (178): للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه بما دفعه من تعويض عن الضرر الذي أحدثه هذا الغير.

هذه المادة تطابق في حكمها المادة (175) من التقنين الحالي، التي تنص علىٰ أن «للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون فيها هذا الغير مسئولًا عن تعويض الضرر».

وتطابق في حكمها المادة (220) من التقنين العراقي، التي تنص علىٰ أن «للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه بما ضمنه».

وتطابق في حكمها المادة (288/ 2) من التقنين الأردني، التي تنص علىٰ ما يأتي: «ولمن أدىٰ الضمان أن يرجع بما دفع علىٰ المحكوم عليه به».

وتطابق في حكمها المادة (241) من التقنين الكويتي، التي تنص علىٰ أن «للمسئول عن عمل الغير أن يرجع عليه بكل ما يدفعه للمضرور تعويضًا عن عمله غير المشروع».

وحق المسئول في الرجوع علىٰ الغير بما دفعه للمضرور - يرجع إلىٰ أنه ضامن، وليس مسئولًا مسئولية شخصية، وبذلك يعتبر تطبيقًا للقاعدة الشرعية التي تقضي بأنه لا يسأل أحد عن فعل غيره، وهو ما جاء في الآية الكريمة: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ [الأنعام: 164].

2 - المسئولية الناشئة عن الأشياء

المادة (179): كل من تولىٰ حراسة شيء يكون مسئولًا عما يحدثه هذا الشيء من ضرر للغير، سواء أكان هذا الشيء حيوانًا أم جمادًا، وسواء أكان منقولًا أم عقارًا.

هذه المادة تقابل المواد (176و 177) فقرة أولىٰ و (178) من التقنين الحالي.

فالمادة (176) من هذا التقنين تنص علىٰ أن «حارس الحيوان - ولو لم يكن مالكًا له - مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر ولو ضل الحيوان أو تسرب، ما لم يثبت

الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبي لا يد له فيه».

فالمادة (177/ 1) من هذا التقنين تنص علىٰ أن «حارس البناء»، لو لم يكن مالكًا له مسئول عما يحدثه انهدام البناء من ضرر، ولو كان انهدامًا جزئيًّا، ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلىٰ إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه».

والمادة (178) من هذا التقنين تنص علىٰ أن «كل من تولىٰ حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مسئولًا عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر، ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه. هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة».

وقد رئي تعميم مبدأ المسئولية الناشئة عن الأشياء بحيث تشمل المسئولية عن فعل الحيوان، وعما ينشأ من ضرر بفعل البناء أيًّا كان سبب الضرر انهدامًا أو غيره، وكذلك المسئولية عن سائر الأشياء، سواء أكانت الآت ميكانيكية أم أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أم غير ذلك، وتوحيد الحكم في جميع هذه الحالات، إذ لا مبرر للمغايرة في مسئولية حارس الأشياء المختلفة، ولا لقصر مسئولية حارس البناء علىٰ حالة دون أخرىٰ.

ولذلك صيغ نص المادة المقترحة بحيث يشمل أحكام المواد (176و 177) فقرة أولىٰ و (178) من التقنين الحالي بعد تعديل نصوص هذه المواد علىٰ النحو التالي:

فالنص المقترح يتضمن حكم المادة (176) من التقنين الحالي، بعد أن استبعدت منها عبارة: «ولو لم يكن مالكًا له» لعدم فائدتها، وكذلك عبارة: «ولو ضل الحيوان أو تسرب» لا يراد حكمها في الفقرة الثالثة من المادة (180) المقترحة.

كما تتضمن حكم المادة (177) فقرة أولىٰ من التقنين الحالي بعد تعديل حكمها، بحيث يسري علىٰ جميع الأضرار التي تنشأ بفعل البناء دون الاقتصار علىٰ ما يحدثه انهدام البناء من ضرر.

وتشمل كذلك الحكم الوارد في المادة (178) بعد أن استبعدت منها عبارة: «أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو آلات ميكانيكية» بقصد تعميم المسئولية الناشئة عن الأشياء، بحيث تشمل كل ضرر ينشأ بفعل شيء أيًّا كان هذا الشيء. كما استبعدت من

النص عبارة: «هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة» لعدم فائدتها.

والنص المقترح تقابله المادة (2443/ 1و 2) من التقنين الكويتي التي تنص علىٰ ما يأتي:

«1- كل من يتولىٰ حراسة شيء مما يتطلب عناية خاصة لمنع وقوع الضرر منه - يلتزم بتعويض الضرر الذي يحدثه هذا الشيء، ما لم يثبت أن هذا الضرر قد وقع بسبب أجنبي من قوة قاهرة أو حادث فجائي أو فعل المضرور أو فعل الغير.

2- وتعتبر من الأشياء التي تتطلب عناية خاصة لمنع وقوع الضرر منها - السيارات والطائرات وغيرها من المركبات الأخرىٰ والآلات الميكانيكية، والسفن، والأسلحة والأسلاك والمعدات الكهربائية والحيوانات، والمباني، وكل شيء آخر يكون بحسب طبيعته أو بحسب وضعه، مما يعرض للخطر».

وتقابله المواد (221- 226و 229/ 1و 221) من التقنين العراقي، وتقابله المواد (289 و 290/ 1 و 291) من التقنين الأردني.

ويلاحظ أن المسئولية في حكم النص المقترح تقررها قاعدة موضوعية، بمعنىٰ أن القاعدة الواردة في هذا النص تقرر حكمًا موضوعيًّا وليست قاعدة إثبات، ومن ثم فهي لا تتضمن قرينة قانونية علىٰ خطأ الحارس، وما يقال من أنها تشتمل علىٰ قرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس - قول ليس له معنًىٰ قانوني، فهو ليس إلا تعبيرًا غير سليم عن قاعدة موضوعية، ذلك أن فكرة القرينة القاطعة فكرة مشكوك في صحتها، إذ الدليل لا بد أن يقبل إثبات العكس، فإذا امتنع هذا الإثبات أصبحنا بصدد قاعدة موضوعية حقيقية.

كما أن هذه المسئولية تقوم علىٰ فكرة التضامن الاجتماعي، فهي مسئولية أساسها الضرر وليس الخطأ، وبذلك توفر حماية للمضرور أكثر من تلك التي توفرها النصوص المقابلة في التقنين العراقي والتقنين الأردني.

وينبني علىٰ ذلك أنه إذا توفرت شروط هذه المسئولية، وأهمها أن يكون الضرر قد وقع للغير بفعل الشيء، بأن يكون الشيء قد تدخل تدخلًا إيجابيًّا كان هو السبب في إحداث الضرر - فإن هذه المسئولية تتحقق دون أن يكون في وسع الحارس أن يدرأها عن نفسه بأية وسيلة، إذ لا تصح مناقشة قاعدة موضوعية لاستبعاد تطبيقها.

وما يقال من أن الحارس يستطيع أن يدفع مسئوليته بنفي علاقة السببية بين فعل الشيء والضرر الذي وقع، وذلك بإثبات أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي - قول يعوزه الدقة؛ إذ إن مسئولية الحارس لا تقوم إلا إذا ثبت أن ضررًا أصاب الغير بفعل الشيء بالمعنىٰ الذي تقدم ذكره، فإذا لم يثبت ذلك فإن مسئولية الحارس لا تحقق لعدم توفر الشروط اللازمة لقيامها.

ولهذا أغفلنا في النص المقترح العبارة الأخيرة في نص المادة (186)، ونص المادة (178) من التقنين الحالي التي تقول: «ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث (أو الضرر) كان بسبب أجنبي لا يد له فيه».

وقيام هذه المسئولية علىٰ فكرة التضامن أو التكافل الاجتماعي، باعتبار أن أساسها الضرر وليس الخطأ - يجعلها متفقة مع القاعدة الشرعية التي تدعو إلىٰ التكافل الاجتماعي (انظر م 87 و88 و926 و 929 و934 من المجلة).

مادة (180):

1- يعتبر حارسًا للشيء من له بنفسه أو بوساطة غيره سلطة فعلية عليه في رقابته والتصرف في أمره لحسابه الخاص، ولو كان غير مميز.

2- ويفترض أن مالك الشيء هو حارسه، ما لم يثبت أن الحراسة قد انتقلت إلىٰ غيره.

3- وتظل الحراسة علىٰ الحيوان ولو ضل أو تسرب.

هذه المادة مستحدثة.

وهي تتناول في فقرتها الأولىٰ تعريف الحراسة وفق ما استقر عليه الفقه والقضاء، فتتطلب في الحاس أن تكون له سلطة فعلية علىٰ الشيء، سواء كان يباشر هذه السلطة بنفسه أو بوساطة غيره كتابعه مثلًا، أو من له الولاية عليه إذا كان غير مميز، وتبرز في الوقت ذاته عدم اشتراط التمييز لدىٰ الحارس، ما دامت السلطة الفعلية علىٰ الشيء تجوز مباشرتها بوساطة الولي.

وقد قصد بالنص علىٰ ذلك حسم الخلاف الذي ثار في هذا الشأن، وذلك باختيار

الرأي الذي يتسق مع ما استقر عليه الفقه والقضاء في مصر فيما يتعلق بعدم اشتراط التمييز لدىٰ المتبوع. والواقع أن قيام مسئولية المتبوع علىٰ أساس الضمان وكون الكفالة في هذه الحالة قد فرضها القانون لا يترك مجالًا للشك في قيام مسئولية المتبوع غير المميز كما فصلنا فيما تقدم. وفي الحالة التي نحن بصددها أيضًا فإن قيام مسئولية الحارس علىٰ فكرة التضامن أو التكافل الاجتماعي، وكون أساسها الضرر وليس الخطأ، ينبني عليه أن يكون الحارس مسئولًا ولو كان غير مميز، فهذا حكم كان يمكن الوصول إليه في يسر بدون نص، وإنما يأتي النص لكي يستبعد أي شك أو جدل في هذا الخصوص.

وتفترض الفقرة الثانية من النص أن مالك الشيء هو حارسه، حيث يعتبر مالك الشيء هو في الأصل الحارس. وهذا افتراض تنهض به القواعد العامة في عبء الإثبات، فالأصل أن مالك الشيء هو الحارس، وعلىٰ من يدعي خلاف ذلك أن يثبت ما يدعيه، فإذا رفع المضرور الدعوىٰ علىٰ المالك فلا يكون عليه أن يثبت أن المالك هو الحارس، إذ يعود هذا الافتراض لصالحه، بل يكون علىٰ المالك أن يثبت أنه لم يكن هو الحارس وقت وقوع الضرر فيتخلص من المسئولية.

وتقرر الفقرة الثالثة من النص حكمًا خاصًّا بحراسة الحيوان كان واردًا في التقنين الحالي في المادة (176)، واقتضت صياغة النصوص إضافته إلىٰ النص الذي يعرف الحارس ويحدد مناط الحراسة.

المادة (181): يجوز لمن كان مهددًا بضرر يصيبه من شيء في حراسة آخر - أن يطالب مالك هذا الشيء أو حارسه باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لدرء الخطر، فإن لم يقم المالك أو الحارس بذلك، جاز الحصول علىٰ إذن من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير علىٰ نفقته.

هذه المادة تقابل الفقرة الثانية من المادة (177) من التقنين الحالي، التي تنص علىٰ أنه «يجوز لمن كان مهددًا بضرر يصيبه من البناء - أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لدرء الخطر، فإن لم يقم المالك بذلك جاز الحصول علىٰ إذن من

المحكمة في اتخاذ هذا التدابير علىٰ حسابه».

والنص المقترح يعمم الحكم الوارد في نص التقنين الحالي في خصوص مسئولية مالك البناء، بحيث يشمل الحكم جميع الأشياء التي تهدد الغير بضرر، إذ لا مسوغ لأن يخص الشارع حارس البناء بهذا الحكم وحده في حين أن الحيوان يمكن أن يهدد الغير بالضرر، وكذلك بعض الأشياء غير الحية كالمفرقعات وغيرها.

وهذا الحكم وقائي، أريد به أن يواجه حالة يكون الشخص فيها مهددًا بضرر يصيبه من شيء في حراسة آخر، فيجوز لمن يهدده الضرر أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لدرء الخطر، كما يجوز له أن يطالب بذلك الحارس إذا لم يكن هو المالك. ويجوز له في حالة عدم قيام المالك أو الحارس بالتدابير اللازمة رغم المطالبة - أن يحصل علىٰ إذن من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير علىٰ نفقة المالك أو الحارس.

والمادة المقترحة تطابق في حكمها المادة (244/ 1و 2) من التقنين الكويتي.



الفرع الثالث
أحكام عامة

مادة (182):

1- إذا تعدد المسئولون عن فعل ضار، كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر.

2- وتكون المسئولية فيما بين الشركاء في ارتكاب الفعل الضار بالتساوي، إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض.

«هذه المادة تقابل المادة (169) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ أنه: «إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوي، إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض».

وقد أدخل على هذه المادة التعديلان الآتيان:

أولًا: أفردت فقرة أولىٰ لتقرر التضامن بين المسئولين عن الفعل الضار؛ لأن حكمها

عام يشمل كل مسئول، سواء كان مسئولًا عن فعله الشخصي أو عن فعل الغير أو عن الأشياء.

ثانيًا: أفردت فقرة ثانية لبيان توزيع المسئولية بين من اشتركوا بفعلهم الشخصي في ارتكاب الفعل الضار، واقتضىٰ هذا أن تستبدل عبارة: «فيما بين الشركاء في ارتكاب الفعل الضار» بعبارة: «فيما بينهم». فهذا تعديل في نص التقنين الحالي قصد به إيضاح أن المسئولية لا تكون بالتساوي إلا إذا كان كل مسئول قد أسهم بفعله الشخصي في ارتكاب الفعل الضار».

أما إذا تعدد المسئولون، وكان أحدهم مسئولًا عن فعله الشخصي والآخر مسئولًا عن فعل الغير، فإن المسئولية لا توزع بالتساوي، إذ قد يتحمل شخص واحد فقط عبء التعويض كله، كما في حالة مسئولية المكلف بالرقابة، حيث له أن يرجع بما دفعه علىٰ الخاضع للرقابة، وكما في حالة مسئولية المتبوع، حيث له أن يرجع بما دفعه علىٰ التابع. والتعديل المقترح يوضح ذلك؛ لأن المكلف بالرقابة لا يعتبر شريكًا للمشمول بالرقابة في إحداث الضرر، وكذلك المتبوع لا يعتبر شريكًا للتابع.

مادة (183): يقدر القاضي التعويض بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاته من كسب، مراعيًا في ذلك الظروف الملابسة، وبشرط أن يكون ما أصاب المضرور نتيجة طبيعية للفعل الضار، فإذا لم يتيسر له أن يعين مقدار التعويض تعيينًا نهائيًّا، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير.

هذه المادة تقابل المادة (170) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «يقدر القاضي مدىٰ التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور طبقًا لأحكام المادتين (221، 222) مراعيًا في ذلك الظروف الملابسة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدىٰ التعويض تعيينًا نهائيًّا - فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير».

وجاء في الفقرة الأولىٰ من المادة (221) من هذا التقنين أن «التعويض يشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء

بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول».

أما المادة (122) من هذا التقنين فتتناول التعويض عن الضرر الأدبي الذي تنص عليه المادة التالية في المشروع المقترح.

والمادة المقترحة تقابل المادة (207) من التقنين العراقي، التي تنص علىٰ ما يأتي:

«1- تقدر المحكمة التعويض في جميع الأحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر، وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع.

2- ويدخل في تقدير التعويض الحرمان من منافع الأعيان، ويجوز أن يشتمل الضمان علىٰ الأجر».

وكذلك المادة (208) من هذا التقنين، التي تنص علىٰ أنه «إذا لم يتيسر للمحكمة أن تحدد مقدار التعويض تحديدًا كافيًا - فلها أن تحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معقولة بإعادة النظر في التقدير».

وتقابل المادة (266) من التقنين الأردني التي تطابق الفقرة الأولىٰ من المادة (207) من التقنين العراقي، وكذلك المادة (268) من هذا التقنين التي تطابق المادة (208) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (230) من مشروع التقنين الكويتي، التي تنص علىٰ ما يأتي: «1- يتحدد الضرر الذي يلتزم المسئول عن العمل غير المشروع بالتعويض عنه بالخسارة التي وقعت والكسب الذي فات، طالما كان ذلك نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع.

2- وتعتبر الخسارة الواقعة أو الكسب الفائت نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع، إذا لم يكن في المقدور تفاديها ببذل الجهد المعقول الذي تقتضيه ظروف الحال من الشخص العادي».

وكذلك المادة (247) من هذا التقنين.

وما جاء في المادة المقترحة يعتبر تطبيقًا للقاعدة الشرعية التي يقول بها الفقه الإسلامي، والتي تقتضي بأن الضرر يزال (م 20 من المجلة)، وأن الضرر يدفع بقدر

الإمكان (م31 من المجلة).

مادة (184):

1- يشمل التعويض الضرر الأدبي كذلك، فكل تعد علىٰ الغير في حريته، أو في عرضه، أو في شرفه، أو في سمعته، أو في مركزه الاجتماعي، أو في اعتباره المالي - يوجب مسئولية المتعدي عن التعويض.

2- وينتقل الحق في التعويض إلىٰ الورثة، ما لم يثبت نزول المضرور عنه، ولكن لا تجوز حوالته إلا إذا تحدد بمقتضىٰ اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء.

3- ولا يجوز أن يقضىٰ بالتعويض عما يصيب الشخص من ألم من جراء موت المصاب إلا للأزواج والأقارب إلىٰ الدرجة الثانية.

هذه المادة تقابل المادة (222) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضًا، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلىٰ الغير إلا إذا تحدد بمقتضىٰ اتفاق، أو طالب الدائن به أمام القضاء.

2- ومع ذلك لا يجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلىٰ الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب».

وتختلف المادة المقترحة عن نص التقنين الحالي من الوجوه الآتية:

أولًا: أضيفت في الفقرة الأولىٰ أهم صور الضرر الأدبي.

ثانيًا: أفردت الفقرة الثانية لحكم انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي إلىٰ الغير. وهو يختلف عن حكم النص الحالي في أن انتقال الحق في التعويض إلىٰ الورثة لا يتوقف وفقًا للنص المقترح علىٰ تحديده بالاتفاق، أو رفع الدعوىٰ كما جاء في النص الحالي، وإنما يتوقف علىٰ عدم نزول المضرور عنه، أما حوالة الحق فيه فتتوقف علىٰ تقديره بمقتضىٰ اتفاق أو مطالبة الدائن به أمام القضاء.

ثالثًا: أفردت فقرة ثالثة لحالة التعويض عما يصيب الشخص من ألم من جراء موت المصاب.

والمادة المقترحة تقابل المادة (205) من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي:

«1- يتناول حق التعويض الضرر الأدبي كذلك، فكل تعد علىٰ الغير في حريته، أو في عرضه، أو في شرفه، أو في سمعته، أو في مركزه الاجتماعي، أو في اعتباره المالي - يجعل المتعدي مسئولًا عن التعويض.

2- ويجوز أن يقضىٰ بالتعويض للأزواج وللأقربين من الأسرة عما يصيبهم من ضرر أدبي بسبب موت المصاب.

3- ولا ينتقل التعويض عن الضرر الأدبي إلىٰ الغير إلا إذا تحددت قيمته بمقتضىٰ اتفاق أو حكم نهائي».

وتقابل المادة (267) من التقنين الأردني التي تطابق المادة (205) من التقنين العراقي المذكور.

وتطابق في حكمها المادة (231) من التقنين الكويتي.

وما جاء في المادة المقترحة يعتبر تطبيقًا للقاعدة الشرعية التي يقول بها الفقه الإسلامي، والتي تقضي بأن الضرر يزال (م 20 من المجلة)، وأن الضرر يدفع بقدر الإمكان (م31 من المجلة).

مادة (185):

1- يعين القاضي طريقة التعويض تبعًا للظروف. ويصح أن يكون التعويض مقسطًا، كما يصح أن يكون إيرادًا مرتبًا، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأمينًا.

2- ويقدر التعويض بالنقد، علىٰ أنه يجوز للقاضي تبعًا للظروف وبناءً علىٰ طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحال إلىٰ ما كانت عليه، أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالفعل الضار، وذلك علىٰ سبيل التعويض.

هذه المادة تطابق المادة (171) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (209) من التقنين العراقي.

وتطابق في حكمها المادة (269) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (246) من التقنين الكويتي.

وما جاء في المادة المقترحة يعتبر تطبيقًا للقاعدة الشرعية التي يقول بها الفقه الإسلامي

والتي تقضي بأن الضرر يزال (م 20 من المجلة)، وأن الضرر يدفع بقدر الإمكان (م 31 من المجلة).

مادة (186): يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض، أو ألا يحكم بتعويض ما إذا كان المضرور قد اشترك بفعله في إحداث الضرر أو زاد فيه.

هذه المادة تطابق في حكمها المادة (216) من التقنين الحالي، التي تنص علىٰ أنه «يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض، أو ألا يحكم بتعويض ما إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه».

وتطابق المادة (264) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (210) من التقنين العراقي، التي تنص علىٰ أنه «يجوز للمحكمة أن تنقص مقدار التعويض، أو ألا تحكم بتعويض ما إذا كان المتضرر قد اشترك بخطئه في إحداث الضرر، أو زاد فيه، أو كان قد سوء مركز المدين».

وتقابل المادة (234) من التقنين الكويتي.

وما جاء في المادة المقترحة يعتبر تطبيقًا للقاعدة الشرعية التي يقول بها الفقه الإسلامي، والتي تقضي بأن الضرر يزال (م20 من المجلة) وأن الضرر يدفع بقدر الإمكان (م31 من المجلة).

مادة (187): تسري علىٰ المسائل المتعلقة بالدية والأرش القواعد الواردة في هذا الشأن في القانون الجزائي.

هذه المادة مستحدثة.

والدية، وكذلك الأرش وهو جزء من الدية، عقوبة مالية، وهي تكون مقدرة في حالة القتل وفي حالة الجناية (الجريمة) علىٰ ما دون النفس علىٰ عضو تمكن فيه المماثلة. وتكون غير مقدرة، حيث يترك تقديرها للقاضي. في حالة الجناية علىٰ ما دون النفس علىٰ ما لا تمكن فيه المماثلة، ويتحقق ذلك بالنسبة إلىٰ أكثر الجراح والشجاج وأكثر ضروب الأذىٰ.

ونظرًا إلىٰ كون الدية أو الأرش عقوبة مالية، وليست ضمانًا أي تعويضًا مدنيًّا، فإن النص المقترح يحيل في شأنهما إلىٰ القانون الجزائي.

مادة (188): يجوز للمضرور، فوق ما يجب له في حالتي الدية والأرش - أن يطالب بالتعويض عن أي ضرر آخر يلحق به.

هذه المادة مستحدثة.

وحكمها ملحوظ فيه أن الدية أو الأرش إنما هي مقابل لتلف النفس أو فقد العضو أو غير ذلك من ضروب الأذىٰ، وهناك أضرار أخرىٰ تلحق المضرور لخسارة تحل به أو كسب يفوته بسبب عجز عن العمل مثلًا، فيحق له أن يطالب بالتعويض عن هذه الأضرار الأخرىٰ، فضلًا عما يستحقه من دية أو أرش.

مادة (189): يقع باطلًا كل شرط يقضي بالإعفاء من المسئولية المترتبة علىٰ الفعل الضار.

هذه المادة تطابق الفقرة الثالثة من المادة (217) من التقنين الحالي.

وتطابق الفقرة الثالثة من المادة (259) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (270) من التقنين الأردني.

وتطابق في حكمها المادة (254) من التقنين الكويتي.

وما جاء في المادة المقترحة يتفق مع القاعدة الشرعية التي تقضي بأن يتحمل الإنسان وزر عمله، وقد جاء في الآية الكريمة: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾ [المدثر: 38].

مادة (190):

1- لا تسمع دعوىٰ التعويض الناشئة عن الفعل الضار بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه، ولا تسمع هذه الدعوىٰ في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع الفعل الضار.

2- علىٰ أنه إذا كانت هذه الدعوىٰ ناشئة عن جريمة، وكانت الدعوىٰ الجزائية ما تزال مسموعة بعد انقضاء المواعيد المذكورة في الفقرة السابقة - فإن دعوىٰ التعويض لا يمتنع سماعها إلا بامتناع سماع الدعوىٰ الجزائية.

هذه المادة تطابق في حكمها المادة (172) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- تسقط بالتقادم دعوىٰ التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع، بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه، وتسقط هذه الدعوة في كل حال، بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع.

2- علىٰ أنه إذا كانت هذه الدعوىٰ ناشئة عن جريمة، وكانت الدعوىٰ الجنائية لم تسقط بعد انقضاء المواعيد المذكورة في الفقرة السابقة - فإن دعوىٰ التعويض لا تسقط إلا بسقوط الدعوىٰ الجنائية».

وقد استبدل في هذه المادة تعبير: «عدم سماع الدعوىٰ» بتعبير: «سقوط الدعوىٰ» مع تعديلات لفظية أخرىٰ.

والمادة المقترحة تطابق في حكمها المادة (272) من التقنين الأردني، وتطابق في حكمها المادة (253) من التقنين الكويتي.

والفقرة الأولىٰ منها تطابق في حكمها المادة (232) من التقنين العراقي.



الفصل الرابع
الإثراء بلا سبب

الفرع الأول
القاعدة العامة

مادة (191): كل شخص، ولو غير مميز، يثري دون سبب شرعي علىٰ حساب شخص آخر - يلتزم في حدود ما أثرىٰ به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة، ويبقىٰ هذا الالتزام قائمًا ولو زال الإثراء فيما بعد.

هذه المادة تطابق المادة (179) من التقنين الحالي، مع إبدال لفظ: «شرعي» بلفظ: «مشروع».

وتطابق في حكمها المادة (243) من التقنين العراقي.

وتطابق في حكمها المادة (262) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادتين (293) و (294) من التقنين الأردني.

والقاعدة التي تقررها المادة المقترحة تستند إلىٰ الحديث الشريف: «لا يأخذن أحدكم متاع أخيه جادًّا ولا لاعبًا». وكذلك الحديث الشريف: «**علىٰ اليد ما أخذت حتىٰ تؤديه**». الشوكاني، نيل الأوطار (ج6/ ص40و 62).

وقد نصت المادة (97) من المجلة في هذا المعنىٰ علىٰ أنه «لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي».

❋ ❋ ❋

الفرع الثاني
دفع غير المستحق

مادة (192):

1- كل من قبض ما ليس مستحقًّا له وجب عليه رده.

2 – علىٰ أنه لا محل للرد إذا كان من قام بالدفع يعلم أنه غير ملزم بما دفعه، إلا أن يكون ناقص الأهلية، أو يكون قد أكره علىٰ هذا الدفع، أو يكون الدين الذي دفعه باطلًا لمخالفته النظام العام أو الآداب.

هذه المادة تقابل المادة (181) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1 – كل من تسلم علىٰ سبيل الوفاء ما ليس مستحقًّا له وجب عليه رده.

2 – علىٰ أنه لا محل للرد إذا كان من قام بالوفاء يعلم أنه غير ملزم بما دفعه، إلا أن يكون ناقص الأهلية، أو يكون قد أكره علىٰ هذا الوفاء».

وقد أدخلت علىٰ هذه المادة تعديلات لفظية علىٰ النحو الوارد في النص المقترح توخيًا للدقة، كما أضيفت العبارة الأخيرة في نهاية الفقرة الثانية التي تقول: «أو يكون الدين الذي دفعه باطلًا لمخالفته النظام أو الآداب»، والغرض من هذه الإضافة إجازة استرداد الدين الباطل لمخالفته للنظام العام أو الآداب؛ لأن علم الموفي بهذا السبب لا يمكن اعتباره منطويًا علىٰ إرادة صحيحة بالتبرع بالموفىٰ به، إذ إن مخالفة سبب الدين للنظام العام أو الآداب كما تبطله تبطل كذلك قصد التبرع به.

والفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة تطابق في حكمها الفقرة الأولىٰ من المادة (233) من التقنين العراقي، التي تنص علىٰ أن «من دفع شيئًا ظانًّا أنه واجب عليه فتبين عدم وجوبه، فله الرجوع به علىٰ من قبضه بغير حق».

وتطابق في حكمها المادة (196) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ أن «من أدىٰ شيئًا ظانًّا أنه واجب عليه ثم تبين عدم وجوبه، فله استرداده ممن قبضه إذا كان قائمًا ومثله أو قيمته إن لم يكن قائمًا».

وتطابق في حكمها المادة (264) من التقنين الكويتي، التي تنص علىٰ أن «كل من تسلم ما ليس مستحقًّا له، التزم برده».

أما الفقرة الثانية من المادة المقترحة فتتناول تفصيلات تتعلق بتطبيق الحكم الوارد في الفقرة الأولىٰ، وذلك في حالة علم الموفي بأنه غير ملزم بما دفعه.

والقاعدة التي تضمنتها الفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة ليست إلا تطبيقًا للقاعدة

العامة الواردة في المادة السابقة، ومن ثم تستند إلىٰ الحديثين الشريفين اللذين تقدم ذكرهما، وقد نصت المادة (97) من المجلة في هذا المعنىٰ علىٰ أنه «لا يجوز لأحد أن يأخذ مال غيره بلا سبب شرعي»، ونصت المادة (207) من مرشد الحيران علىٰ أنه «من دفع شيئًا ظانًّا أنه واجب عليه فتبين عدم وجوبه، فله الرجوع به علىٰ من قبضه منه بغير حق».

وجدير بالذكر أن الفقه الإسلامي يجعل قبض غير المستحق مصدرًا للالتزام علىٰ نطاق واسع، فلو أن شخصًا ظن أن عليه دينًا فبان خلافه رجع بما أدىٰ. الأشباه والنظائر (ج1/ ص194)، ومن دفع شيئًا ليس واجبًا عليه، فله استرداده إلا إذا دفعه علىٰ وجه الهبة. شرح الأشباه والنظائر غمر عيون البصائر (ج1/ ص194)، ومن دفع رشوة له أن يستردها؛ لأن العقد الذي دفع به الرشوة باطل (مجمع الضمانات، ص 458)، ومن عجل الوفاء بالدين قبل حلول الأجل استرد ما يقابل الأجل (مجمع الضمانات، ص 459).

(**انظر في هذا:** عبد الرزاق السنهوري. مصادر الحق في الفقه الإسلامي (ج1/ ص 58و 59).

ويتضح من هذا العرض: أن العبارة التي أضيفت إلىٰ الفقرة الثانية من النص المقترح: وهي التي تقضي بأن الموفي يحق له أن يسترد إذا كان الدين الذي وفاه باطلًا؛ لمخالفته النظام العام أو الآداب . – لها سندها من الفقه الإسلامي الذي يرىٰ أن من دفع رشوة له أن يستردها؛ لأن العقد الذي دفع به الرشوة باطل (مجمع الضمانات، ص458)، كما يتضح أن ما جاء في هذه الفقرة من أن الموفي لا يسترد إذا كان يعلم أنه غير ملزم بما دفعه – له سنده أيضًا من هذا الفقه؛ لأن ما دفعه يكون علىٰ وجه الهبة (شرح الأشباه والنظائر غمر عيون البصائر) (ج1/ ص194)، أما جواز الاسترداد بمقتضىٰ هذه الفقرة في حالتي نقص الأهلية والإكراه، رغم علم الموفي بأنه غير ملزم بما دفعه، فيرجع إلىٰ عدم صحة الوفاء.

مادة (193): يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذًا لالتزام لم

يتحقق سببه، أو لالتزام زال سببه بعد أن تحقق.

هذه المادة تطابق المادة (182) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (297) من التقنين الأردني.

وقد نصت المادة (72) من المجلة في معنىٰ الحكم الوارد في هذه المادة علىٰ ما يأتي: «لا عبرة بالظن البين خطؤه، مثلًا: إذا دفع الكفيل الدين، وكان الأصيل قد أداه أو أبرأه الدائن منه ولم يعلم به - كان له الرجوع علىٰ الدائن بما دفع».

مادة (194): يصح كذلك استرداد ما دفع وفاءً لالتزام لم يحل أجله وكان الموفي جاهلًا قيام الأجل، علىٰ أنه يجوز للدائن في هذه الحالة أن يقتصر علىٰ رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل في حدود ما لحق المدين من ضرر.

هذه المادة تقابل المادة (183) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- يصح كذلك استرداد غير المستحق، إذا كان الوفاء قد تم تنفيذًا لالتزام لم يحل أجله، وكان الموفي جاهلًا قيام الأجل.

2- علىٰ أنه يجوز للدائن أن يقتصر علىٰ رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل في حدود ما لحق المدين من ضرر، فإذا كان الالتزام الذي لم يحل أجله نقودًا، التزم الدائن أن يرد للمدين فائدتها بسعرها القانوني أو الاتفاقي عن المدة الباقية لحلول الأجل».

وقد احتفظ في النص المقترح بحكم هذه المادة مع إغفال التطبيق المنصوص عليه في الجزء الأخير من الفقرة الثانية تجنبًا لما يثير فكرة الربا.

والمادة المقترحة تقابل المادة (235) من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي:

«1- إذا وفىٰ المدين التزامًا لم يحل أجله ظانًّا أنه قد حل فله استرداد ما دفع.

2- علىٰ أنه يجوز للدائن أن يقتصر علىٰ رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل في حدود ما لحق المدين من ضرر، فإذا كان الالتزام الذي لم يحل أجله نقودًا، ألزم الدائن أن يرد للمدين فائدتها بالسعر القانوني أو الاتفاقي عن المدة الباقية لحلول الأجل».

وتقابل المادة (298) من التقنين الأردني، التي تنص علىٰ أنه «يصح كذلك استرداد

ما دفع وفاءً لدين لم يحل أجله، وكان الموفي جاهلًا قيام الأجل».

وتقابل المادة (265) من التقنين الكويتي، التي تنص علىٰ أنه «إذا كان الوفاء قد تم تنفيذًا لالتزام لم يحل أجله، وكان الموفي جاهلًا قيام الأجل - جاز للدائن أن يقتصر علىٰ رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل في حدود ما لحق بالمدين من ضرر».

وقد رأينا فيما تقدم أن الفقه الإسلامي يذهب إلىٰ أن من عجل الوفاء بالدين قبل حلول الأجل استرد ما يقابل الأجل، وقد جاء في مجمع الضمانات أن المرابحة التي لم تستحق ودفعت تسترد، كما إذا قضىٰ المديون الدين المؤجل قبل حلول الأجل، أو مات فأخذ من تركته - فجواب المتأخرين أنه لا يؤخذ من المرابحة التي جرت المبايعة بينهما إلا بقدر ما مضىٰ من الأيام. ولو أخذ المقرض المرابحة قبل مضي الأجل، فللمديون أن يرجع منها بحصة ما بقىٰ من الأيام (مجمع الضمانات، ص 459) عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (ج1/ ص58و 59).

ويتضح من هذا أن الحكم الوارد في المادة المقترحة له سنده من الفقه الإسلامي.

مادة (195): لا محل لاسترداد غير المستحق إذا حصل الوفاء من غير المدين، وترتب عليه أن الدائن وهو حسن النية قد تجرد من سند الدين، أو مما حصل عليه من التأمينات، أو ترك دعواه قبل المدين الحقيقي المدة المحدد لسماعها، ولمن أوفىٰ أن يرجع علىٰ المدين الحقيقي بالدين إن كان له مقتض».

هذه المادة تطابق في حكمها المادة (184) من التقنين الحالي، التي تنص علىٰ أنه «لا محل لاسترداد غير المستحق إذا حصل الوفاء من غير المدين، وترتب عليه أن الدائن وهو حسن النية قد تجرد من سند الدين، أو مما حصل عليه من التأمينات، أو ترك دعواه قبل المدين الحقيقي تسقط بالتقادم، ويلتزم المدين الحقيقي في هذه الحالة بتعويض الغير الذي قام بالوفاء».

وقد أدخلت علىٰ هذه المادة تعديلات لفظية علىٰ النحو الوارد في النص المقترح.

والمادة المقترحة تطابق في حكمها المادة 299 من التقنين الأردني.

وتطابق في حكمها المادة (266) من التقنين الكويتي.

مادة (196):

1- إذا كان من قبض غير المستحق حسن النية، فلا يلتزم إلا برد ما قبضه، أما إذا كان سيئ النية، فإنه يلتزم كذلك برد الثمار التي جناها، أو التي قصر في جنيها، وذلك من يوم القبض، أو من اليوم الذي أصبح فيه سيئ النية.

2- وعلىٰ أي حال يلتزم من قبض غير المستحق برد الثمار من يوم رفع الدعوىٰ.

هذه المادة تطابق في حكمها المادة (185) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- إذا كان من تسلم غير المستحق حسن النية، فلا يلتزم أن يرد إلا ما تسلم.

2- أما إذا كان سيئ النية، فإنه يلتزم أن يرد أيضًا الفوائد والأرباح التي جناها، أو التي قصر في جنيها من الشيء الذي تسلمه بغير حق، وذلك من يوم الوفاء، أو من اليوم الذي أصبح فيه سيئ النية.

3- وعلىٰ أي حال يلتزم من تسلم غير المستحق برد الفوائد والثمرات من يوم رفع الدعوىٰ».

وقد أدمجت الفقرة الثانية من هذه المادة في الفقرة الأولىٰ، كما أدخلت عليها تعديلات لفظية علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة.

والمادة المقترحة تطابق في حكمها المادة (267) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (244) من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي:

«1- من دفع شيئًا ظانًّا أنه واجب عليه، فتبين عدم وجوبه - فله الرجوع به علىٰ من قبضه بغير حق.

2- وإذا كان من تسلم غير المستحق سيئ النية وقت التسلم أو بعده - فإنه يلزم أيضًا برد كل ما استفاده، أو كان يستطيع أن يستفيده من الشيء، وذلك من يوم أن تسلم غير المستحق، أو من اليوم الذي أصبح فيه سيئ النية، وفي كل الأحوال يلزم برد ما استفاده، أو كان يستطيع أن يستفيده من يوم رفع الدعوىٰ، ويلزمه الضمان من وقت أن صار سيئ النية إذا هلك الشيء أو ضاع، ولو بغير تعد منه».

وتقابل المادة (300) من التقنين الأردني التي تقول: «علىٰ المحكمة أن تلزم من قبض شيئًا بغير حق أن يرده إلىٰ صاحبه، ولها علاوة علىٰ ذلك أن تأمر برد ما جناه القابض من مكاسب أو منافع، ولها أيضًا أن تعوض صاحب الحق لقاء ما قصر القابض في جنيه».

مادة (197): إذا كان من قبض غير المستحق ناقص الأهلية، فلا يلتزم برد ما قبضه إلا بالقدر الذي أثرىٰ به علىٰ وجه شرعي.

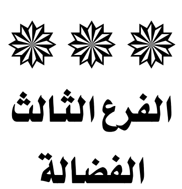
هذه المادة تطابق في حكمها المادة (186) من التقنين الحالي، التي تنص علىٰ أنه «إذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق، فلا يكون ملتزمًا إلا بالقدر الذي أثرىٰ به».

وقد أدخلت علىٰ هذه المادة تعديلات لفظية علىٰ النحو الوارد في النص المقترح.

والمادة المقترحة تطابق في حكمها الفقرة الأولىٰ من المادة (234) من التقنين العراقي، التي تنص علىٰ أنه «إذا كان من تسلم الشيء غير المستحق ناقص الأهلية - فلا يكون ملزمًا إلا برد ما كسب، حتىٰ لو كان سيئ النية».

وتطابق في حكمها المادة (268) من التقنين الكويتي، التي تنص علىٰ أنه «إذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق، فلا يكون ملتزمًا بالرد إلا في حدود ما عاد عليه من نفع معتبر قانونًا».

وقد أريد من الحكم الوارد في النص المقترح حماية ناقص الأهلية، ويذهب الفقه الإسلامي إلىٰ أنه إذا تعامل شخص مع ناقص الأهلية، فلا يكون العقد صحيحًا، ولكن له الرجوع علىٰ ناقص الأهلية بمقدار ما أثرىٰ (مجمع الضمانات ص 488) م 218 من مرشد الحيران، عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (ج1/ ص60).



الفرع الثالث

الفضالة

مادة (198): الفضالة هي أن يتولىٰ شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر، دون أن يكون ملزمًا بذلك.

هذه المادة تطابق المادة (188) من التقنين الحالي.

وتطابق الفقرة الأولىٰ من المادة (269) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (301) من التقنين الأردني، التي تنص علىٰ أن «من قام بفعل نافع للغير دون أمره، ولكن أذنت به المحكمة أو أوجبته ضرورة أو قضىٰ به عرف - فإنه يعتبر نائبًا، وتسري عليه الأحكام التالية».

وفي الفقه الإسلامي في المذهب الحنفي قد تستوجب الضرورة الولاية دفعًا للضرر، ويقرها الشارع بناءً علىٰ ذلك (راجع مجمع الضمانات ص 286، وانظر التطبيقات المذكورة تحت المادة التالية).

وقد نصت المادة (112) من المجلة علىٰ أن «الفضولي هو من يتصرف بحق الغير دون إذن شرعي».

مادة (199): تتحقق الفضالة ولو كان الفضولي، في أثناء توليه شأنًا لنفسه، قد تولىٰ شأن غيره؛ لما بين الشأنين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلًا عن الآخر.

هذه المادة تطابق المادة (189) من التقنين الحالي.

وتطابق الفقرة الثانية من المادة (269) من التقنين الكويتي.

ولحكمها تطبيقات عديدة في الفقه الإسلامي:

فقد نصت المادة (1310) من المجلة علىٰ أنه «إذا احتاج الملك المشترك إلىٰ التعمير، وأحد الشريكين غائب وأراد الآخر التعمير - فإنه يستأذن الحاكم، ويصير إذن الحاكم قائمًا مقام إذن الغائب صاحب الحصة، يعني أن تعمير صاحب الحصة الحاضر الملك المشترك بإذن الحاكم - هو في حكم أخذه الإذن من شريكه الغائب، فيرجع عليه بحصته من الصرف».

وإذا رهن الأب مال الصبي بدين نفسه وأدرك الولد، والرهن قائم عند المرتهن، فلو

قضىٰ الولد دين أبيه وافتك الرهن، لم يكن متبرعًا، ويرجع بجميع ما قضىٰ علىٰ أبيه؛ لأنه مضطر إلىٰ قضاء الدين؛ إذ لا يمكنه الوصول إلىٰ ملكه إلا بقضاء الدين كله، فكان مضطرًّا فيه، فلم يكن متبرعًا، بل يكون مأمورًا بالقضاء من قبل الأب دلالة، فكان له أن يرجع عليه بما قضىٰ. الكاساني (ج6/ ص73 - 126).

ومن وجد الضالة وأنفق عليها بأمر القاضي، يكون دينًا علىٰ مالكها، وإذا أنفق بغير إذن القاضي، يكون متبرعًا الكاساني (ج6/ ص203).

راجع مجمع الضمانات (ص448 -450).

مادة (200): تتحقق الفضالة كذلك ولو كان تدخل الفضولي في شئون غيره مخالفًا لإرادة هذا الغير، إذا كان ذلك التدخل تنفيذًا لالتزام فرضه القانون، ودعت إليه حاجة ملحة، أو قضت بأدائه مصلحة عامة.

هذه المادة مستحدثة.

وقد كانت الفقرة الثانية من المادة (263) من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي بعد تعديلها في لجنة المراجعة - تنص في هذا الصدد علىٰ ما يأتي: «وكذلك تطبق قواعد الإثراء بلا سبب إذا تدخل شخص في شأن لغيره مخالفًا بذلك إرادة هذا الغير معروفة كانت هذه الإرادة أو مفترضة، ومع ذلك تطبق قواعد الفضالة ولا يعتد بهذه الإرادة المخالفة، إذا كان المراد من التدخل سد حاجة ملحة اقتضاها وجود التزام فرضه القانون علىٰ رب العمل، وقضت بأدائه مصلحة عامة، كالالتزام بالنفقة والالتزام بتجهيز ميت»، ولكنها حذفت في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ؛ لأنها تتعرض لتفصيلات تغني عنها القواعد العامة.

كما نص تقنين الموجبات والعقود اللبناني في المادة (160) في هذا الصدد علىٰ ما يأتي: «علىٰ أنه لا يمكن الاحتجاج بمخالفة مشيئة رب المال، إذا كانت الضرورة الماسة قد اضطرت الفضولي: 1- إلىٰ القيام بموجب علىٰ رب المال ناشئ عن القانون تستوجب المصلحة العامة القيام به.

2- إلىٰ القيام بموجب قانوني يختص بتقديم الطعام، أو نفقات مأتم، أو غير ذلك

من النفقات الضرورية».

والمادة المقترحة يقف من ورائها واجب خلقي يفرضه الشرع بصرف النظر عن إرادة رب العمل، حيث ينطبق حكمها في حالتين استثنائيتين يعتبر الشخص فيهما فضوليًّا، بالرغم من أن رب العمل قد نهاه عن التدخل في شئونه:

الحالة الأولىٰ: إذا أراد الشخص بتدخله أن يقوم بالتزام فرضه القانون علىٰ رب العمل؛ لسد حاجة ملحة كتقديم نفقة أو تجهيز ميت.

والحالة الثانية: إذا أراد الشخص بتدخله أن يقوم بالتزام فرضه القانون علىٰ رب العمل، وقضت بأدائه مصلحة عامة، كأن يكون هناك بناء آيل إلىٰ السقوط بحيث يهدد السكان والمارة بخطر التهدم، فيطلب شخص من مالكه أو حارسه أن يرممه، أو يسمح له بالقيام بهذا الترميم، فيرفض المالك أو الحارس، وينهىٰ الشخص عن القيام بالترميم، إذ في هذه الحالة تتحقق الفضالة إذا قام الشخص بالترميم رغم هذا النهي؛ لأن القانون يفرض واجب الترميم، وتقضي المصلحة العامة بالقيام به، ويلاحظ أن الحكم في هذا المثل عام، بحيث يشمل من هو مهدد بضرر يصيبه من تهدم البناء كما يشمل غيره، فقد تقدم أنه يجوز لمن كان مهددًا بضرر يصيبه من شيء في حراسة آخر أن يطالب مالك هذا الشيء أو حارسه باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لدرء الخطر، فإن لم يقم المالك أو الحارس بذلك، جاز الحصول علىٰ إذن من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير علىٰ نفقته (م 181 من المشروع)، أما في المثل المذكور فقد يكون الفضولي شخصًا لا يتهدده خطر من تهدم البناء.

مادة (201): تسري قواعد الوكالة إذا أقر رب العمل ما قام به الفضولي.

هذه المادة تطابق المادة (190) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (302) من التقنين الأردني.

وتطابق المادة (270) من التقنين الكويتي.

مادة (202): يجب علىٰ الفضولي أن يمضي في العمل الذي بدأه إلىٰ أن يتمكن رب

العمل من مباشرته بنفسه، كما يجب عليه أن يخطر بتدخله رب العمل متىٰ استطاع ذلك.

هذه المادة تطابق المادة (191) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (203) من التقنين الأردني.

وتطابق المادة (271) من التقنين الكويتي.

مادة (203): يجب علىٰ الفضولي أن يبذل في القيام بعمله عناية الشخص العادي، ويكون مسئولًا عن فعله الضار، ومع ذلك يجوز للقاضي أن ينقص التعويض المترتب علىٰ هذا الفعل الضار إذا كانت الظروف تبرر ذلك.

هذه المادة تطابق الفقرة الأولىٰ من المادة (192) من التقنين الحالي، مع استبدال عبارة: «الفعل الضار» بلفظ: «الخطأ» تمشيًا مع الأساس الذي تقوم عليه المسئولية عن العمل غير المشروع.

وتطابق المادة (272) من التقنين الكويتي التي تطابق في حكمها المادة (192) من التقنين الحالي.

وتقابل المادة (304) من التقنين الأردني، التي تنص علىٰ أن «الفضولي مسئول عما يلحق رب العمل من أضرار، وللمحكمة تحديد الضمان إذا كانت الظروف تبرر ذلك».

مادة (204):

1- إذا عهد الفضولي إلىٰ غيره بكل العمل أو بعضه، كان مسئولًا عن تصرفات نائبه، دون إخلال بما لرب العمل من الرجوع مباشرة علىٰ هذا النائب.

2- وإذا تعدد الفضوليون في القيام بعمل واحد، كانوا متضامنين في المسئولية.

هذه المادة تطابق الفقرتين الثانية والثالثة من المادة (192) من التقنين الحالي.

والفقرة الأولىٰ منها تطابق المادة (305) من التقنين الأردني.

وتطابق في حكمها المادة (273) من التقنين الكويتي.

مادة (205): يلتزم الفضولي بما يلتزم به الوكيل من رد ما استولىٰ عليه بسبب الفضالة، وتقديم حساب عما قام به.

هذه المادة تطابق المادة (193) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (306) من التقنين الأردني.

وتطابق في حكمها المادة (274) من التقنين الكويتي.

مادة (206): يعتبر الفضولي نائبًا عن رب العمل متىٰ كان قد بذل في إدارته عناية الشخص العادي، ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة، وفي هذه الحالة يكون رب العمل ملزمًا بأن ينفذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه، وأن يعوضه عن التعهدات التي التزم بها، وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف، وأن يعوضه عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل، ولا يستحق الفضولي أجرًا علىٰ عمله إلا أن يكون من أعمال مهنته.

هذه المادة تطابق المادة (195) من التقنين الحالي، مع حذف عبارة: «مضافًا إليها فوائدها من يوم دفعها» التي جاءت في النص الحالي بعد بعبارة: «وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف».

وتطابق المادة (276) من التقنين الكويتي، وتقابل المادة (307) من التقنين الأردني، التي تنص علىٰ ما يأتي:

«علىٰ رب العمل أن ينفذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه، وأن يعوضه عن التعهدات التي التزم بها، وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف، وأن يعوضه عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل، ولا يستحق الفضولي أجرًا عن عمله، إلا أن يكون من أعمال مهنته».

ويلاحظ أن التقنين الأردني في المادة (301) منه يعتبر الفضولي نائبًا عن رب العمل.

مادة (207):

1 – إذا لم تتوافر في الفضولي أهلية التعاقد، فلا يكون مسئولًا عن إدارته إلا بالقدر الذي أثرىٰ به، ما لم تكن مسئوليته ناشئة عن فعل ضار.

2 – أما رب العمل فتبقىٰ مسئوليته كاملة، ولو لم تتوافر فيه أهلية التعاقد.

هذه المادة تطابق المادة (196) من التقنين الحالي.

والفقرة الأولىٰ منها تطابق المادة (277) من التقنين الكويتي.

مادة (208):

1 – إذا مات الفضولي، التزم ورثته بما يلتزم به ورثة الوكيل عند انتهاء الوكالة بموت الوكيل.

2 – وإذا مات رب العمل، بقىٰ الفضولي ملتزمًا نحو الورثة بما كان ملتزمًا به نحو مورثهم.

هذه المادة تطابق المادة (193) من التقنين الحالي مع تعديلات لفظية في الفقرة الأولىٰ.

وتطابق المادة (308) من التقنين الأردني.

وتطابق في حكمها المادة (275) من التقنين الكويتي.

مادة (209): لا تسمع دعوىٰ الإثراء بلا سبب في جميع الأحوال المتقدمة بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه الدائن بحقه في الرجوع، وعلىٰ كل حال لا تسمع الدعوىٰ بعد انقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي نشأ فيه هذا الحق.

هذه المادة تطابق في حكمها المواد (180و 187و 197) من التقنين الحالي، حيث رئي إفراد مادة واحدة لجميع الحالات التي لا تسمع فيها دعوىٰ الإثراء بلا سبب، سواء أسست الدعوىٰ علىٰ القاعدة العامة في الإثراء بلا سبب، أو علىٰ دفع غير المستحق، أو علىٰ الفضالة.

وهي تطابق المادة (311) من التقنين الأردني.

وتطابق في حكمها المادتين (263و 278) من التقنين الكويتي.



الفصل الخامس
القانون

مادة (210): الالتزامات التي يرتبها القانون علىٰ وقائع أخرىٰ غير العقد والإرادة المنفردة والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب - تسري عليها النصوص القانونية التي أنشأتها.

هذه المادة تتفق في حكمها مع المادة (198) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «الالتزامات التي تنشأ مباشرة عن القانون وحده - تسري عليها النصوص القانونية التي أنشأتها».

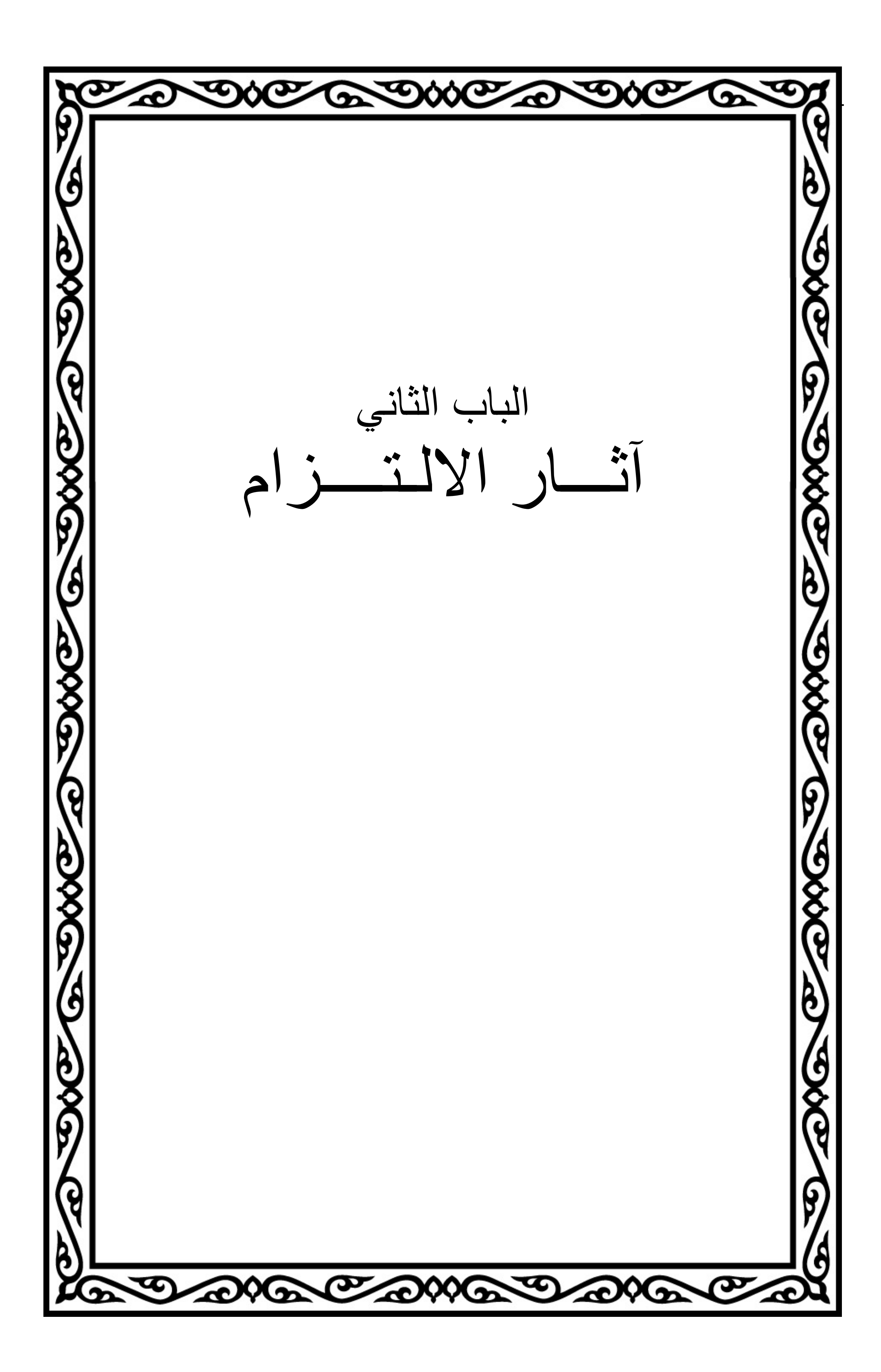
وقد عدلت صياغة هذه المادة علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة، لأن الصياغة المختارة أدق في الدلالة علىٰ المعنىٰ المقصود، إذ إن القانون يرتب الالتزامات دائما علىٰ وقائع، وهي الصياغة التي اختارها الشارع الكويتي في المادة (279) التي تنص علىٰ ما يأتي: «الالتزامات التي يرتبها القانون علىٰ وقائع أخرىٰ، غير العقد والإرادة المنفردة والفعل الضار والفعل النافع - تسري في شأنها النصوص الخاصة بها».

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة (245) من التقنين العراقي، التي تطابق المادة (198) من التقنين المصري الحالي.

وتتفق في حكمها مع المادة (312) من التقنين الأردني، التي تطابق المادة (198) من التقنين المصري الحالي.

وفي الشريعة الإسلامية التزامات يرتبها الشرع من هذا القبيل، كالالتزام بالنفقة والتزام الولي والوصي والقيم.





الباب الثاني

آثـــار الالتـــزام

الفصل الأول
أحكام عامة

مادة (211):

1- ينفذ الالتزام جبرًا علىٰ المدين.

2- ومع ذلك، إذا كان الالتزام طبيعيًّا، فلا جبر في تنفيذه.

هذه المادة تطابق المادة (199) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (280) من مشروع التقنين الكويتي.

وتطابق في حكمها المادة (313) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ ما يأتي:

«1- ينفذ الحق جبرًا علىٰ المدين به عند استحقاقه متىٰ استوفىٰ الشرائط القانونية.

2- فإذا افتقد الحق حماية القانون لأي سبب، فلا جبر في تنفيذه، ويصبح حقًّا طبيعيًّا يجب في ذمة المدين».

والفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة تتناول الالتزام الكامل الذي يتوافر فيه عنصر المديونية وعنصر المسئولية، ويقال له: التزام مدني. حيث ينفذ جبرًا علىٰ المدين.

أما الفقرة الثانية فتتناول الالتزام الطبيعي، وهو الذي يتوافر فيه عنصر المديونية دون عنصر المسئولية، فلا يكون هناك ثمة جبر في تنفيذه.

وهذا التمييز بين الالتزام المدني والالتزام الطبيعي - يقابله في الفقه الإسلامي التمييز بين الواجب قضاءً والواجب ديانة، فالالتزام المدني أو الواجب قضاءً يجبر المدين علىٰ تنفيذه، والالتزام الطبيعي أوالواجب ديانة لا جبر في تنفيذه.

والالتزام الطبيعي واجب أدبي أو أخلاقي يرتفع به القانون عن مستوىٰ الواجب الأدبي المجرد، فيرتب عليه بعض الآثار القانونية، وبذلك يقربه من الالتزام المدني، وهو يقتصر علىٰ التزامات كانت في أصلها التزامات مدنية، ثم أصبحت التزامات طبيعية لوجود مانع من المطالبة، كما في حالة تقادم الدين، بل يشمل كذلك التزامات كانت في أصلها مجرد واجبات أدبية، ثم أصبحت التزامات طبيعية، كتعويض شخص عن ضرر غير

مباشر لا يجب التعويض عنه قانونًا، أو الإنفاق علىٰ قريب معوز لا تجب نفقته قانونًا، وعلىٰ هذا النحو يمتد نطاق الالتزامات الطبيعية إلىٰ كل التزام يوجبه الضمير، وهذا هو نطاق الواجب الأدبي الذي يحوطه الفقه الإسلامي باهتمامه البالغ، نزولًا علىٰ مقتضيات الأخلاق والآداب، ومن الطبيعي أن تقر الشريعة الإسلامية هذا المنحىٰ وهي الشريعة التي تحض علىٰ البر والإحسان والوفاء بما يكون في الذمة، ولو لم يكن في الوسع اقتضاؤه جبرًا.

مادة (212): يقدر القاضي – عند عدم النص – ما إذا كان هناك التزام طبيعي، وفي كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعي يخالف النظام العام.

هذه المادة تطابق المادة (200) من التقنين الحالي.

وتطابق في حكمها المادة (281) من التقنين الكويتي، التي تنص علىٰ ما يأتي: «يقدر القاضي – عند عدم النص – متىٰ يعتبر الواجب الأدبي التزامًا طبيعيًّا، مراعيًا في ذلك الوعي العام في الجماعة، وفي كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعي يخالف النظام العام».

وقد روعي في حكم النص المقترح أن فكرة الالتزام الطبيعي، إلىٰ جانب فكرة النظام العام والآداب، وفكرة التعسف في استعمال الحق – تعتبر إحدىٰ المنافذ التي تدخل منها العوامل الاجتماعية والاقتصادية والخلقية إلىٰ النظام القانوني؛ كي تلائم بينه وبين التطور الذي يتعرض له المجتمع في وقت معين، وفي غير الحالات التي يتدخل فيها الشارع بمقتضىٰ نصوص يأخذ فيها بمقتضيات هذا التطور تقع علىٰ عاتق القاضي مهمة تحقيق هذه الملاءمة، فالقاضي يكاد يكون شارعًا في هذا النطاق.

وبقدر ما يخطو القاضي في هذا السبيل تضيق مسافة الخلاف بين القانون والأخلاق، وعليه أن يستلهم في هذا الصدد روح الشريعة ومبادئها، كي ينقل من نطاق الأخلاق والآداب إلىٰ نطاق الالتزام الطبيعي.

مادة (213): إذا وفىٰ المدين باختياره التزامًا طبيعيًّا صح وفاؤه – فلا يجوز له أن يسترد ما أداه.

هذه المادة تقابل المادة (□□□) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«لا يسترد المدين ما أداه باختياره قاصدًا أن يوفي التزامًا طبيعيًّا».

ومقتضىٰ الحكم الوارد في نص التقنين الحالي أنه لكي يصح الوفاء بالالتزام الطبيعي، بحيث لا يجوز للمدين أن يسترد ما أداه، يجب أن يكون هذا الوفاء عن بينة، بمعنىٰ أن يدرك المدين أنه يفي بالتزام طبيعي لا جبر عليه في تنفيذه، فهو يقوم بهذا الوفاء استجابة لضميره.

وقد رئي في النص المقترح مخالفة هذا الحكم الوارد في التقنين الحالي.

فلا يشترط لصحة الوفاء بالالتزام الطبيعي أن يكون المدين علىٰ بينة بالمعنىٰ المذكور، وإنما يصح وفاؤه ولو كان يعتقد أنه يفي بالتزام مدني مجبر علىٰ تنفيذه، فما دام أن الاعتبارات الأدبية والخلقية هي التي تقف وراء الالتزام الطبيعي فيكفي أن يرتفع الالتزام في وعي الجماعة إلىٰ هذه المنزلة، دون نظر إلىٰ وعي الفرد.

وقد كان القانون الروماني لا يجيز استرداد ما دفع وفاءً لالتزام طبيعي، حتىٰ لو اعتقد المدين وقت الوفاء أن التزامه مدني. وقد سار القانون الإيطالي وكذلك المشروع الفرنسي الإيطالي م(66) علىٰ هذا النهج، فاكتفيا بأن يكون الوفاء تلقائيًّا لا يشوبه تدليس أو إكراه. ثم تراجع الفقه الحديث ومعه التقنين الحالي، فاشترطا أن يكون الوفاء عن بينة واختيار، فلا يشوبه غلط أو تدليس أو إكراه.

وما أحرانا الآن أن نتوسع في الآثار التي تترتب علىٰ الالتزام الطبيعي. حيث يكفي أن يتم الوفاء باختيار المدين. فلا يكون للغلط اعتبار في هذا الشأن.

والمادة المقترحة تقابلها المادة (314) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ أنه: «إذا أوفىٰ المدين حقًّا طبيعيًّا فقد حماية القانون – صح وفاؤه، ولا يعتبر وفاءً لما لا يجب». وهذا النص يحتمل المعنىٰ الذي ينطوي عليه النص المقترح، وإن كانت المذكرة الإيضاحية لهذا التقنين تشترط في الوفاء بالالتزام الطبيعي أن يكون عن بينة، بمعنىٰ أن يدرك المدين أنه يستجيب بمقتضىٰ الواجب ديانة وأنه غير ملزم قضاء به، وذلك علىٰ غرار ما يشترطه التقنين المصري الحالي.

وتقابل المادة (282) من التقنين الكويتي التي تطابق في حكمها نص التقنين الحالي، حيث

تقول: «لا يسترد المدين ما أداه باختياره قاصدًا أن يوفي التزامًا طبيعيًّا، ولا يعتبر متبرعًا بما أداه».

مادة (214): يصلح الالتزام الطبيعي سببًا لالتزام مدني.

هذه المادة تطابق المادة (202) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ أن: «الالتزام الطبيعي يصلح سببًا لالتزام مدني». حيث يقتصر الاختلاف علىٰ تعديل لفظي.

وتطابق المادة (283) من التقنين الكويتي.

والنص المقترح يتناول أثرًا آخر من آثار الالتزام الطبيعي، وهو أن هذا الالتزام يصلح سببًا لإنشاء التزام مدني. فإذا وعد المدين بتنفيذ الالتزام الطبيعي، كان هذا الوعد التزامًا مدنيًّا يجبر علىٰ تنفيذه.

مادة (215): يكون إعذار المدين بإنذاره أو بما يقوم مقام الإنذار، ما لم يتفق علىٰ غير ذلك.

هذه المادة تقابل المادة (219) من التقنين الحالي. وقد نقلت هي والمادة التالية لها من الفصل المتعلق بالتنفيذ بطريق التعويض - في التقنين الحالي - إلىٰ الأحكام العامة الواردة في صدر هذا الفصل؛ لأن وجوب الإعذار وشكله وحالات عدم لزومه - ليس الأمر فيها مقصورًا علىٰ التنفيذ بطريق التعويض.

وتنص المادة (219) من التقنين الحالي علىٰ أن «يكون إعذار المدين بإنذاره، أو بما يقوم مقام الإنذار، ويجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد علىٰ الوجه المبين في قانون المرافعات، كما يجوز أن يكون مترتبًا علىٰ اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذرًا بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلىٰ أي إجراء آخر».

وقد حذفت من نص هذه المادة عبارة: «ويجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد علىٰ الوجه المبين في قانون المرافعات». اكتفاءً بعبارة: «أو بما يقوم مقام الإنذار». كما استغني عن عبارة: «كما يجوز أن يكون مترتبًا علىٰ اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذرًا بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلىٰ إجراء آخر» بعبارة: «**ما لم يتفق علىٰ غير ذلك**».

والمادة المقترحة تطابق في حكمها المادة (298) من التقنين الكويتي، التي تنص

علىٰ أن «يكون إعذار المدين بإنذاره، أو بورقة رسمية تقوم مقام الإنذار، كما يجوز أن يكون الإعذار بأية وسيلة أخرىٰ يتفق عليها».

وتقابل المادة (257) من التقنين العراقي، التي تنص علىٰ أن «يكون إعذار المدين بإنذاره، ويجوز أن يتم الإعذار بأي طلب كتابي آخر، كما يجوز أن يكون مترتبًا علىٰ اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذرًا بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلىٰ إنذار».

مادة (216):

لا ضرورة لإعذار المدين في الحالات الآتية:

(أ) إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين.

(ب) إذا كان محل الالتزام تعويضًا ترتب علىٰ عمل غير مشروع.

(جـ) إذا كان محمل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك.

(د) إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه.

(هـ) إذا نص القانون، أو اتفق الطرفان علىٰ عدم لزوم الإعذار».

هذه المادة تطابق المادة (220) من التقنين الحالي، مع إضافة البند (هـ) الأخير، إذ يتضمن حالة لا جدال في عدم لزوم الإعذار فيها.

وتطابق المادة (362) من التقنين الأردني، فيما عدا البند الأخير.

وتطابق في حكمها المادة (258) من التقنين العراقي.

وتطابق في حكمها المادة (299) من التقنين الكويتي.

مادة (217):

1- إذا التزم المدين أن يسلم شيئًا ولم يقم بتسليمه بعد أن أعذر، فإن هلاك الشيء يكون عليه، ولو كان الهلاك قبل الإعذار علىٰ الدائن.

2- ومع ذلك لا يكون الهلاك علىٰ المدين، ولو أعذر، إذا أثبت أن الشيء كان يهلك كذلك عند الدائن لو أنه سلم إليه، ما لم يكن المدين قد قبل أن يتحمل تبعة

الهلاك.

3- علىٰ أن الشيء المسروق أو المغصوب إذا هلك أو ضاع بأية صورة كانت، فإن تبعة الهلاك تقع علىٰ السارق أو الغاصب.

هذه المادة تقابل المادة (207) من التقنين الحالي، وقد نقلت هذه المادة من الفصل المتعلق بالتنفيذ العيني إلىٰ صدر هذا الفصل؛ لأن حكمها مرتبط بالإعذار، ولا شأن له بالتنفيذ العيني.

وتنص المادة (207) من التقنين الحالي على ما يأتي:

«1- إذا التزم المدين أن ينقل حقًّا عينيًّا أو أن يقوم بعمل، وتضمن التزامه أن يسلم شيئًا ولم يقم بتسليمه بعد أن أعذر - فإن هلاك الشيء يكون عليه ولو كان الهلاك قبل الإعذار علىٰ الدائن.

2- ومع ذلك لا يكون الهلاك علىٰ المدين، ولو أعذر، إذا أثبت أن الشيء كان يهلك كذلك عند الدائن لو أنه سلم إليه، ما لم يكن المدين قد قبل أن يتحمل تبعة الحوادث المفاجئة.

3- علىٰ أن الشيء المسروق إذا هلك أو ضاع بأية صورة كانت، فإن تبعة الهلاك تقع علىٰ السارق».

وقد أدخل على هذه المادة التعديلان الآتيان:

أولًا: استبدال عبارة: «إذا التزم المدين أن يسلم شيئًا ولم يقم بتسليمه بعد أن أعذر» بعبارة: «إذا التزم المدين أن ينقل حقًّا عينيًّا أو أن يقوم بعمل، وتضمن التزامه أن يسلم شيئًا ولم يقم بتسليمه بعد أن أعذر»؛ لأن في العبارة الأولىٰ ما يغني عن العبارة الواردة في صدر الفقرة الأول من النص الحالي.

ثانيًا: استبدال عبارة: «تبعة الهلاك» بعبارة: «تبعة الحوادث المفاجئة» الواردة في الفقرة الثانية من المادة.

ثالثًا: إضافة الشيء المغصوب في الفقرة الثالثة، حيث يسري عليه في هذا الصدد حكم الشيء المسروق.

والمادة المقترحة تقابلها المادة (287) من التقنين الكويتي.



الفصل الثاني
التنفيذ الجبري

الفرع الأول
التنفيذ العيني

مادة (218):

1- يجبر المدين بعد إعذاره علىٰ تنفيذ التزامه تنفيذًا عينيًّا متىٰ كان ذلك ممكنًا.

2- علىٰ أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين جاز للقاضي بناءً علىٰ طلب المدين أن يقصر حق الدائن علىٰ اقتضاء تعويض إذا كان ذلك لا يلحق به ضررًا جسيمًا.

هذه المادة تقابل المادة (203) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- يجبر المدين بعد إعذاره طبقًا للمادتين (219و 220) علىٰ تنفيذ التزامه تنفيذًا عينيًّا متىٰ كان ذلك ممكنًا.

2- علىٰ أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين جاز له أن يقتصر علىٰ دفع تعويض نقدي، إذا كان ذلك لا يحلق بالدائن ضررًا جسيمًا».

وقد أدخل على هذه المادة التعديلان الآتيان:

أولًا: العدول عما يقضي به النص الحالي، حيث يجعل من حق المدين نفسه أن يعمد إلىٰ التعويض النقدي إذا كان في التنفيذ العيني إرهاق له، وفي هذه الحالة لا يسوغ للدائن أن يطلب التنفيذ العيني، بل يقتصر حقه علىٰ المطالبة بأداء التعويض الواجب له، ويكون دور القاضي حينئذ أن يوازن بين مصالح ذوي الشأن، بينما رئي في النص المقترح جعل الأمر من أوله إلىٰ آخره للقاضي بناءً علىٰ طلب المدين، وبذلك يكون الحكم أقرب إلىٰ قواعد الفقه الإسلامي، إذ إن طلب المدين في هذه الحالة يستهدف رفع مظلمة وولاية رفع المظالم إلىٰ القاضي، وعلىٰ كل فالنتيجة العملية النهائية واحدة، وهي أن القول الفصل للقاضي.

ثانيًا: استبدال لفظ: «تعويض» بعبارة: «تعويض نقدي»؛ لأن الأمر في ذلك مرده إلىٰ القاضي؛ ولأنه لا يشترط في التعويض أن يكون نقديًّا.

والمادة المقترحة تطابق المادة (284) من التقنين الكويتي، وتطابق المادة (355) من التقنين الأردني، فيما عدا أن هذه الأخيرة تنص علىٰ: «عوض نقدي» بدلًا من: «تعويض».

وتقابل المادة (246) من التقنين العراقي، وهي مطابقة لنص التقنين المصري الحالي فيما عدا أنها لا تشير إلىٰ الإعذار.

ويستند النص المقترح إلىٰ ما يقرره الفقه الإسلامي من قواعد تقضي بأنه «إذا بطل الأصل يصار إلىٰ البدل» (م 53 من المجلة)، وبأن «المشقة تجلب التيسير» (م17 من المجلة)، وبأنه «لا ضرر ولا ضرار» (م19 من المجلة)، وبأن «الضرر يزال» (م20 من المجلة)، وبأن «الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف» (م27 من المجلة)، وبأن «الضرر يدفع بقدر الإمكان (م 21 من المجلة).

مادة (219): العقد الذي بمقتضاه تكسب ملكية شيء أو حق عيني آخر - يخول من تلقاء ذاته هذا الحق، إذا كان المعقود عليه شيئًا معينًا بالذات، وكان المتصرف هو صاحب الحق المتصرف فيه، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل في قانون تنظيم الشهر العقاري، أو القواعد المتعلقة بالقيد في قانون السجل العيني بحسب الأحوال.

هذه المادة تقابل المادة (204) من التقنين الحالي، التي تنص علىٰ أن «الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق، إذا كان الالتزام شيئًا معينًا بالذات يملكه الملتزم، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل».

وتقابل المادة (247) من التقنين العراقي، وهي تطابق المادة (204) من التقنين المصري الحالي.

وفي هذا الصدد يختلف التصوير الفني في الفقه الإسلامي عنه في فقه القانون الوضعي وهو الفقه اللاتيني، ففي الفقه الإسلامي ينتقل الملك بالعقد، أما في الفقه

اللاتيني، فالعقد ينشئ التزامًا بنقل الملك، ويتم تنفيذ هذا الالتزام فورًا بمجرد نشوئه، فينتقل الملك تنفيذًا للالتزام لا بحكم العقد.

فجوهر الفكرة واحد في الفقهين، والاختلاف في التصوير، فهذا الاختلاف في التصوير لا يمس الفكرة الجوهرية، وهي أن الحق ينتقل بالعقد، وقد رئي الأخذ بالتصوير الذي يقول به الفقه الإسلامي؛ لأنه أدق من الناحية الفنية، فإذا كان المعقود عليه شيئًا معينًا بالذات وكان المتصرف هو صاحب الحق المتصرف فيه، فإن الحق العيني فيه يكسب بمجرد العقد، ولا يكون هناك ثمة مجال للقول بوجود التزام بنقل الحق يقع علىٰ عاتق المتصرف، ما دام أن العقد هو الذي يكسب الحق، وقد يتطلب الشارع لهذا الكسب شروطًا خاصة، كالإفراز في المنقول المعين بالنوع، والتسجيل أو القيد في العقار، فلا يكسب الحق إلا بتوافر هذه الشروط إعمالًا للقاعدة الأصولية وهي أن الحكم لا يترتب إلا إذا وجد سببه وتوافرت شروطه، فالسبب هنا هو العقد، وكل من الإفراز والتسجيل أو القيد شروط لترتب الحكم.

ويلاحظ أن المادة المقترحة أشير فيها إلىٰ القواعد المتعلقة بالتسجيل في قانون تنظيم الشهر العقاري، والقواعد المتعلقة بالقيد في قانون السجل العيني، فتراعىٰ هذه القواعد وتلك بحسب ما إذا كان القانون المطبق هو قانون الشهر العقاري أو قانون السجل العيني. إذ إن هذا القانون الأخير، وإن كان قد صدر برقم (142) لسنة 1964، إلا أنه لم يبدأ العمل به إلا في نطاق محدود، وسيبقىٰ قانون تنظيم الشهر العقاري معمولًا به زمنًا طويلًا حتىٰ يتيسر إدخال نظام السجل العيني تدريجيًّا علىٰ فترات متعاقبة بالقدر المستطاع.

انظر في الفقه الإسلامي مادة (307) من مرشد الحيران.

مادة (220):

1- العقد الذي بمقتضاه يكسب حق عيني علىٰ شيء لم يعين إلا بنوعه - لا يخول الحق إلا بإفراز هذا الشيء.

2- فإذا لم يقم المتصرف بما يوجبه العقد، جاز للدائن أن يحصل علىٰ شيء من

النوع ذاته علىٰ نفقة المدين بعد استئذان القاضي أو دون استئذانه في حالة الاستعجال، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير إخلال في الحالتين بحقه في التعويض.

هذه المادة تقابل المادة (205) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي:

«1- إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني علىٰ شيء لم يعين إلا بنوعه، فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء.

2- فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، جاز للدائن أن يحصل علىٰ شيء من النوع ذاته علىٰ نفقة المدين بعد استئذان القاضي أو دون استئذانه في حالة الاستعجال، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير إخلال في الحالتين بحقه في التعويض».

وتقابل المادة (248) من التقنين العراقي، وهي تطابق المادة (205) من التقنين المصري الحالي.

وتقابل المادة (285) من التقنين الكويتي، وهي تتفق مع المادة (205) من التقنين المصري الحالي.

وقد رئي في المادة المقترحة الأخذ بالتصوير الذي يقول به الفقه الإسلامي، وهو أن الحق ينتقل بالعقد، وليس باعتبار هذا الانتقال أثرًا يترتب علىٰ التزام المتصرف بنقل الحق، كما يقول فقه القانون الوضعي وهو الفقه اللاتيني؛ وذلك لأن التصوير الذي يقول به الفقه الإسلامي أدق من الناحية الفنية، انظر المذكرة الإيضاحية للمادة (219) من المشروع.

وانظر في الفقه الإسلامي مادة (307) من مرشد الحيران.

مادة (221): العقد الذي بمقتضاه ينتقل حق عيني يتضمن التزام المتصرف بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتىٰ التسليم.

هذه المادة تقابل المادة (206) من التقنين الحالي التي تنص على أن:

«الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتىٰ

التسليم».

وتقابل المادة (286) من التقنين الكويتي، وهي تطابق المادة (206) من التقنين المصري الحالي.

وقد رئي في المادة المقترحة الأخذ بالتصوير الذي يقول به الفقه الإسلامي، وهو أن الحق ينتقل بالعقد، وليس باعتبار هذا الانتقال أثرًا يترتب علىٰ التزام المتصرف بنقل الحق كما يقول فقه القانون الوضعي وهو الفقه اللاتيني؛ وذلك لأن التصوير الذي يقول به الفقه الإسلامي أدق من الناحية الفنية، انظر المذكرة الإيضاحية للمادة (219) من المشروع، وانظر في الفقه الإسلامي مادة (307) من مرشد الحيران.

مادة (222): في الالتزام بعمل، إذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه، جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين.

هذه المادة تطابق المادة (208) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (249) من التقنين العراقي.

وتطابق في حكمها الفقرة الأولىٰ من المادة (356) من التقنين الأردني، التي تنص علىٰ أنه «إذا كان موضوع الحق عملًا، واستوجبت طبيعته أو نص الاتفاق علىٰ أن يقوم المدين به بشخصه - جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غيره».

مادة (223):

1- في الالتزام بعمل، إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، جاز للدائن أن يطلب ترخيصًا من القضاء في تنفيذ الالتزام علىٰ نفقة المدين، إذا كان هذا التنفيذ ممكنًا.

2- ويجوز في حالة الاستعجال أن ينفذ الدائن الالتزام علىٰ نفقة المدين دون ترخيص من القضاء.

هذه المادة تطابق المادة (209) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (288) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (250) من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي:

«1- في الالتزام بعمل إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، ولم يكن ضروريًّا أن ينفذه بنفسه - جاز للدائن أن يستأذن من المحكمة في تنفيذ الالتزام علىٰ نفقة المدين، إذا كان هذا التنفيذ ممكنًا.

2- ويجوز في حالة الاستعجال أن ينفذ الدائن الالتزام علىٰ نفقة المدين بلا إذن من المحكمة».

وقد جاء هذا النص علىٰ نسق المادة (286) من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي، ولكن لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ حذفت العبارة التي تشير إلىٰ الضرورة في الفقرة الأولىٰ؛ لأن أمر طلب الترخيص من القضاء في التنفيذ علىٰ نفقة المدين - جوازي للدائن، فله - وهو في هذا صاحب التقدير - أن يتمسك بوجوب التنفيذ العيني. مجموعة الأعمال التحضيرية (ج2/ ص528).

وتقابل الفقرة الثانية من المادة (356) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ ما يأتي:
«فإذا لم يقم المدين بالعمل، جاز للدائن أن يطلب إذنًا من القضاء بالقيام به علىٰ نفقة المدين، أو تنفيذه دون إذن إذا استوجبت الضرورة ذلك».

مادة (224):

1- في الالتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ علىٰ الشيء، أو أن يقوم بإدارته، أو أن يتوخىٰ الحيطة في تنفيذ التزامه - فإن المدين يكون قد وفىٰ بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود، هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق علىٰ غير ذلك.

2- وفي كل حال يبقىٰ المدين مسئولًا عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم.

هذه المادة تطابق المادة (211) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (358) من التقنين الأردني، مع إغفال عبارة: «في الالتزام بعمل» في الفقرة الأولىٰ .

وتطابق المادة (290) من التقنين الكويتي، مع إغفال عبارة: «في الالتزام بعمل» في الفقرة الأولىٰ.

وتقابل المادة (251) من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي:

«1- في الالتزام بعمل إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ علىٰ الشيء، أو أن يقوم بإدارته، أو كان مطلوبًا منه أن يتوخىٰ الحيطة في تنفيذ التزامه - فإن المدين يكون قد وفىٰ بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية ما يبذله الشخص المعتاد، حتىٰ ولو لم يتحقق الغرض المقصود.

2- ومع ذلك يكون المدين قد وفىٰ بالالتزام إذا هو بذل في تنفيذه من العناية ما اعتاده في شئونه الخاصة متىٰ تبين من الظروف أن المتعاقدين قصدا ذلك».

وقد جاء هذا النص علىٰ نسق المادة (288) من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي، مع إغفال الإشارة إلىٰ مسئولية المدين عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم.

(راجع في تطبيقات النص المقترح علىٰ سبيل المثال (م776و 815) من مرشد الحيران وم (780و 782و 814و 815 من المجلة).

مادة (225): إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل وأخل بهذا الالتزام - جاز للدائن أن يطلب إزالة ما وقع مخالفًا للالتزام، وله أن يطلب من القضاء ترخيصًا في أن يقوم بهذه الإزالة علىٰ نفقة المدين.

هذه المادة تطابق المادة (212) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (291) من التقنين الكويتي.

وتطابق في حكمها المادة (359) من التقنين الأردني مع اختلاف لفظي.

وتقابل المادة (252) من التقنين العراقي، التي تنص علىٰ أنه «إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل، وأخل بهذا الالتزام - جاز للدائن أن يطلب إزالة ما وقع مخالفًا للالتزام مع التعويض إذا كان له محل».

مادة (226): يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ، إذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام.

هذه المادة تقابل المادة (210) من التقنين الحالي، التي تنص علىٰ أنه: «في الالتزام بعمل يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ إذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام»، وقد حذفت من

هذا النص عبارة: «في الالتزام بعمل»؛ حتىٰ يتسع حكمه للالتزام بالامتناع عن عمل متىٰ سمحت طبيعته أن يقوم حكم القاضي فيه مقام تنفيذ هذا الالتزام، واقتضىٰ هذا نقل المادة المقترحة من موضعها في التقنين الحالي إلىٰ هذا الموضع.

وتطابق المادة (289) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (257) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ أن «يقوم حكم المحكمة مقام التنفيذ إذا كان موضوع الحق عملًا، وسمحت بذلك طبيعته».

مادة (227):

1- إذا كان تنفيذ الالتزام عينًا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه - جاز للدائن أن يحصل علىٰ حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية إن امتنع عن ذلك.

2- وإذا رأىٰ القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافيًا لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ - جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأىٰ داعيًا للزيادة.

3- وإذا تم التنفيذ العيني، أو أصر المدين علىٰ رفض التنفيذ - حدد القاضي مقدار التعويض الذي يلزم به المدين، مراعيًا في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن، والعنت الذي بدأ من المدين.

هذه المادة تطابق المادتين (213) و (214) من التقنين الحالي، حيث رئي إدماجها في مادة واحدة.

وتطابق المادة (292) من التقنين الكويتي.

وتطابق المادتين (253) و (254) من التقنين العراقي، فالأولىٰ تنص علىٰ أنه: «إذا كان تنفيذ الالتزام عينًا غير ممكن أو غير ملائم، إلا إذا قام به المدين نفسه، وامتنع المدين عن التنفيذ - جاز للمحكمة بناءً علىٰ طلب الدائن أن تصدر قرارًا بإلزام المدين بهذا التنفيذ، وبدفع غرامة تهديدية إن بقي ممتنعًا عن ذلك»، والثانية تنص علىٰ أنه: «إذا تم التنفيذ العيني، أو أصر المدين علىٰ رفض التنفيذ - حددت المحكمة نهائيًّا مقدار التعويض الذي يلزم به المدين مراعية في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدأ من المدين».

وما يقضي به النص المقترح من اعتداد القاضي في تقدير التعويض بالضرر الذي أصاب الدائن، والعنت الذي بدأ من المدين - إنما يستند إلىٰ القاعدة الشرعية التي تقرر أن الضرورات تقدر بقدرها، وأن الضرر يدفع بقدر الإمكان (م22 و 31 من المجلة).

❊ ❊ ❊

الفرع الثاني

التنفيذ بطريق التعويض

مادة (228): إذا كان تنفيذ الالتزام عينًا جبرًا علىٰ المدين غير ممكن أو غير مجد - حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن عدم التنفيذ قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه.

هذه المادة تقابل المادة (215) من التقنين الحالي، التي تنص علىٰ أنه: «إذا استحال علىٰ المدين أن ينفذ الالتزام عينًا، حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه».

وقد قصد بتعديل نص التقنين الحالي علىٰ النحو الوارد في النص المقترح - أن يشمل حكم النص حالة استحالة التنفيذ وحالة عدم جدواه، وغنىٰ عن البيان أن التعويض لا يكون إلا إذا أصاب الدائن ضرر من عدم التنفيذ، أو من التأخر فيه.

والمادة المقترحة تطابق في حكمها المادة (293) من التقنين الكويتي، وما تقضي به المادة المقترحة يستند إلىٰ ما جاء في الآية الكريمة: ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [البقرة:286].

راجع فيما يتعلق بالسبب الأجنبي: البدائع (ج5/ ص3388)، المبسوط (ج11/ ص132)، بداية المجتهد (ج2/ ص55- 157).

مادة (229):

1- لا يجوز الاتفاق علىٰ أن يتحمل المدين تبعة القوة القاهرة.

2- وكذلك لا يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من المسئولية المترتبة على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي.

هذه المادة تقابل الفقرتين الأولى والثانية من المادة (217) من التقنين الحالي، اللتين تنصان على ما يأتي:

«1- يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة.

2- وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي، إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه».

وتقابل الفقرتين الأولى والثانية من المادة (259) من التقنين العراقي اللتين تطابقان نص التقنين الحالي.

وتقابل المادتين (295و 296) من التقنين الكويتي اللتين تطابقان نص التقنين الحالي.

وقد رئي في المادة المقترحة الأخذ بعكس الأحكام الواردة في التقنين الحالي والتقنين العراقي والتقنين الكويتي، وذلك مراعاة لمبدأين أساسيين في الشريعة الإسلامية.

المبدأ الأول هو ما جاء في الآية الكريمة: ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [البقرة: 286]. مما لا يسوغ معه أن يتفق مقدمًا على أن يتحمل المدين تبعة القوة القاهرة، إذ ليس في وسعه أن يدفع هذه القوة القاهرة. ويلاحظ هنا أن الفقرة الأولى من المادة المقترحة لم يرد فيها ذكر للحادث المفاجئ؛ لأنه يعتبر من قبيل القوة القاهرة.

والمبدأ الثاني هو ما جاء في الآية الكريمة: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ [المائدة: 1]. - مما لا يسوغ معه أن يتفق مقدمًا على إعفاء المدين من المسئولية المترتبة على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي، حتى ولو كانت هذه المسئولية راجعة إلى خطأ وقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه.

مادة (230): لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين، ما لم ينص القانون أو الاتفاق علىٰ غير ذلك.

هذه المادة تطابق المادة (218) من التقنين الحالي، مع إضافة عبارة: «القانون أو الاتفاق» بعد لفظ: «ينص».

وتطابق المادة (256) من التقنين العراقي، مع إغفال لفظ: «الاتفاق» بعد لفظ: «القانون».

وتطابق المادة (361) من التقنين الأردني، التي تنص علىٰ أنه: «لا يستحق الضمان إلا بعد إعذار المدين، ما لم ينص علىٰ غير ذلك في القانون أو في العقد».

وتطابق المادة (297) من التقنين الكويتي.

راجع المواد (37) و (43) و (44) من المجلة.

مادة (231):

1- إذا لم يكن التعويض مقدرًا في العقد أو بنص في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة، وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام، أو للتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول.

2- ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشًّا أو خطأً جسيمًا إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد.

هذه المادة تطابق المادة (221) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (300) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (363) من التقنين الأردني، التي تنص علىٰ أنه: «إذا لم يكن الضمان مقدرًا في القانون أو في العقد، فالمحكمة تقدره بما يساوي الضرر الواقع فعلًا حين وقوعه».

والقاعدة في الفقه الإسلامي أن امتناع المدين عن الوفاء بالتزامه عينًا يعتبر معصية يستحق عليها التعزير، وفي رواية عن أبي يوسف أنه يجوز التعزير في حالة الضرر الذي

لا يتمثل في فقد مال. انظر: رد المحتار (ج3/ ص178).

مادة (232): يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدمًا قيمة التعويض بالنص عليها في العقد، أو في اتفاق لاحق.

هذه المادة تطابق المادة (223) من التقنين الحالي، مع إغفال الإشارة إلىٰ مراعاة أحكام المواد الخاصة باستحالة التنفيذ لسبب أجنبي، وسلطة القاضي في إنقاص التعويض إذا كان المضرور قد اشترك بخطئه في إحداث الضرر. والاتفاق علىٰ زيادة عبء المسئولية أو التخفيف منه، والإعذار، إذ إنه فيما عدا الأحكام التي وردت في خصوص التعويض الاتفاقي، فإن هذا التعويض يخضع للأحكام ذاتها التي تسري علىٰ تعويض يقدره القاضي.

وتطابق في حكمها الفقرة الأولىٰ من المادة (364) من التقنين الأردني، التي تنص علىٰ أنه: «يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدمًا قيمة الضمان بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق، مع مراعاة أحكام القانون».

وتقابل المادة (302) من التقنين الكويتي، التي تنص علىٰ أنه: «إذا لم يكن محل الالتزام مبلغًا من النقود، يجوز للمتعاقدين أن يقدرا مقدمًا التعويض في العقد، أو في اتفاق لاحق».

مادة (233):

1- لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقًّا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر.

2- ويجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغًا فيه إلىٰ درجة كبيرة، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه.

3- ويقع باطلًا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين.

هذه المادة تطابق المادة (224) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (303) من التقنين الكويتي.

وتطابق الفقرة الثانية من المادة (364) من التقنين الأردني، التي تنص علىٰ أنه: «ويجوز للمحكمة في جميع الأحوال بناءً علىٰ طلب أحد الطرفين - أن تعدل في هذا

الاتفاق بما يجعل التقدير مساويًا للضرر، ويقع باطلًا كل اتفاق يخالف ذلك».

مادة (234): إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي، جاز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة.

هذه المادة تقابل المادة (225) من التقنين الحالي، التي تنص علىٰ أنه: «إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة، إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشًّا أو خطأً جسيمًا».

وتقابل المادة (304) من التقنين الكويتي التي تطابق نص التقنين الحالي.

وقد رئي في المادة المقترحة مخالفة ما يقضي به التقنين الحالي والتقنين الكويتي علىٰ النحو الوارد فيها، وذلك مراعاة للقاعدة العامة التي تربط بين قيمة التعويض ومقدار الضرر، وللتقريب عدالة بين ما يجوز للمدين أن يتمسك به، وما يجوز للدائن أن يطالب به.

مادة (235):

1- يقع باطلًا كل اتفاق علىٰ تقاضي فوائد مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود أو التأخير في الوفاء به.

2- وتعتبر فائدة مستترة كل عمولة أو منفعة أيًّا كان نوعها، اشترطها الدائن، إذا ما ثبت أن هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ولا نفقة مشروعة».

هذه المادة مستحدثة.

وقد أريد بها النص صراحة علىٰ تحريم الربا نزولًا علىٰ حكم الشريعة الإسلامية، حيث جاء في الآية الكريمة: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا۟﴾ [البقرة: 275]. ووصلت الشريعة في تحريم الربا إلىٰ حد تهديد من يتعامل به بحرب من الله ورسوله، حيث جاء في الآية الكريمة: ﴿فَأْذَنُوا۟ بِحَرْبٍ مِّنَ ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ﴾ [البقرة: 279].

وكان في الوسع إغفال هذه المادة اكتفاءً بالحكم العام الذي جاء في المادة (3) من المشروع، حيث تنص علىٰ أنه: «تعتبر من النظام العام أحكام الشريعة الإسلامية القطعية، ومن ثم يقع باطلًا كل نص أو اتفاق يخالف هذه الأحكام».

ولكن رئي أن من اللازم التصدي صراحة لهذا الموضوع نظرًا إلىٰ خطورته، فيكون

باطلًا كل اتفاق علىٰ تقاضي فوائد، سواء كان ذلك في مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود، أو في مقابل التأخير في الوفاء به.

وسواء كانت الفائدة ظاهرة أو مستترة علىٰ نحو ما جاء في النص، وذلك للحيلولة دون أي تحايل في هذا الخصوص.

والمادة المقترحة تطابق المادة (305) من التقنين الكويتي مع اختلاف لفظي بسيط.

مادة (236): إذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود. وتأخر المدين في الوفاء به
- جاز للدائن أن يطالب بتعويض الضرر الذي لحقه بسبب هذا التأخير.

هذه المادة مستحدثة.

وقد روعي فيها أن الدائن قد يضار إذا تأخر مدينه عن الوفاء بمبلغ من النقود رغم حلول أجل هذا الوفاء، وفي هذه الحالة يحق للدائن أن يطالب بتعويض الضرر الذي يصيبه من جراء هذا التأخير، وذلك حماية للثقة التي يجب أن تسود التعامل؛ ولأن الشريعة الإسلامية لا تأبىٰ التعويض عن الضرر الذي يلحق الدائن في هذه الحالة.

والمادة المقترحة تقابل المادة (306) من التقنين الكويتي، التي تنص علىٰ أنه: «إذا كان محل الالتزام مبلغًا من النقود، ولم يقم المدين بالوفاء به بعد إعذاره، مع قدرته علىٰ الوفاء، واثبت الدائن أنه قد لحقه بسبب ذلك ضرر غير مألوف - جاز للمحكمة أن تحكم علىٰ المدين بتعويض تراعىٰ فيه مقتضيات العدالة».



الفصل الثالث
الوسائل التي تكفل حقوق الدائنين

نظرة عامة:

القاعدة أن أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه، فهذه الأموال هي الضمان العام للدائنين، وهذا الضمان العام يخول الدائن أن يستأدي حقه من أموال مدينه، فله أن يتخذ علىٰ هذه الأموال طرقًا تحفظية وطرقًا تنفيذية وطرقًا هي وسط ما بين الطرق التحفظية والطرق التنفيذية.

وقد تكفل تقنين المرافعات بالطرق التنفيذية.

وتكفل التقنين المدني بالطرق الوسطىٰ ما بين التحفظية والتنفيذية؛ لأنها تتفرع مباشرة عن مبدأ الضمان العام للدائنين.

وقد نظم التقنين المدني الحالي خمسة من هذه الطرق، فنظم دعاوىٰ ثلاثًا: هي الدعوىٰ غير المباشرة، ودعوىٰ عدم نفاذ التصرف، ودعوىٰ الصورية. ونظم الحق في الحبس، وهذه الطرق الأربعة كلها إجراءات فردية، وليس من شأنها أن تغل يد المدين عن ماله، ونظم طريقًا خامسًا هو الإعسار، وهذا الطريق هو أيضًا إجراء فردي، ولكن من شأنه أن يغل يد المدين عن ماله.

وقد رئي نقل النصوص الخاصة بالصورية إلىٰ مكانها المناسب بين النصوص المتعلقة بآثار العقد؛ لأنها ألصق بهذه الآثار، وعلىٰ الرغم من هذا النقل فلا شك في أن للدائن أن يرفع دعوىٰ الصورية ليدفع عن نفسه نتائج غش المدين، إذا قام هذا بتصرف صوري في ماله ليخرجه من الضمان العام، فيستبقي الدائن بذلك مال المدين في ضمانه العام تمهيدًا للتنفيذ عليه بحقه، غير أنه يلاحظ أن الدائن قد يتمسك بالعقد الظاهر إذا كان حسن النية، كما أنه ليس الوحيد الذي يحق له رفع دعوىٰ الصورية، كما هي الحال في الدعويين الأخريين، فقد يرفع دعوىٰ الصورية المتعاقد أو الخلف الخاص، وفي هذا ما يدل بوضوح علىٰ أن أحكام الصورية ألصق بآثار العقد.

كذلك رئي عدم إيراد تنظيم للإعسار، علىٰ خلاف التقنين الحالي؛ لأن العمل قد دل علىٰ أن نظام الإعسار لم يحقق الغاية المرجوة منه؛ لكثرة نفقاته وقلة جدواه للدائنين الذين يجدون في دعوىٰ عدم نفاذ تصرف المدين في حقهم وفي سائر وسائل التنفيذ - ما يغنيهم عن طلب الحكم بشهر إعسار مدينهم، بل قلما يلجأ إلىٰ هذه الوسيلة إلا من يريد التشهير بمدينه وتجريح سمعته.

وإذا كان من مزايا نظام الإعسار للدائن حلول أجل دينه، فإن نص المادة (261) من المشروع قد كفل له هذه المزية متىٰ ثبت أن أموال مدينه لا تفي بالديون الحالة، من غير أن يترتب علىٰ ذلك صدور حكم يدمغ المدين بالإعسار.

وتلك الاعتبارات التي دعت إلىٰ عدم إيراد تنظيم للإعسار - هي ذاتها التي دعت إلىٰ عدم إيراد تنظيم للحجر علىٰ المدين المفلس، علىٰ خلاف التقنين العراقي والتقنين الأردني.

مادة (237):

1- أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه.

2- وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان، إلا من كان له منهم حق التقدم طبقًا للقانون.

هذه المادة تطابق المادة (234) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (307) من التقنين الكويتي.

وتطابق في حكمها المادة (365) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ أنه: «مع مراعاة أحكام القانون، أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان».

وتطابق المادة (307) من التقنين الكويتي.

وفكرة أن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه موجودة في الفقه الإسلامي، إذ يستطيع الدائن أن ينفذ علىٰ أي مال من أموال المدين استيفاء لحقه، وليس لدائن أن يتتبع عينًا خرجت من ذمة المدين، أو أن يتقدم علىٰ دائن آخر بالنسبة إلىٰ عين معينة، إلا

إذا كان له تأمين خاص كالرهن مثلًا يخوله حق التتبع أو حق التقدم.



الفرع الأول
الدعوى غير المباشرة

مادة (238):

1- لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الأداء، أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، إلا ما كان منها متصلًا بشخصه خاصة، أو غير قابل للحجز.

2- ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولًا، إلا إذا أثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق، وأن عدم استعماله لها من شأنه أن يسبب إعساره، أو يزيد في هذا الإعسار. ولا يشترط إعذار المدين لاستعمال حقه، ولكن يجب إدخاله خصمًا في الدعوىٰ.

هذه المادة تطابق المادة (235) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (261) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (366) من التقنين الأردني.

وتطابق المادة (308) من التقنين الكويتي.

والدعوىٰ غير المباشرة التي يقررها النص المقترح لها سندها في الفقه المالكي، ففيه إذا لم يكن للمدين (المحجور للدين) بينة علىٰ حقه في ذمة الغير إلا شاهد واحد، ونكل أن يحلف مع شاهده اليمين المكملة للحجة - جاز للغرماء أن يحلفوا مع الشاهد، فيكونوا بذلك قد استعملوا حق مدينهم في الحلف علىٰ النحو الذي نراه في استعمال الدائن لحق المدين في هذه الدعوىٰ. انظر الحرشي (ج5/ ص267) - عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (ج5/ ص 138) هامش (2).

مادة (239): يعتبر الدائن في استعمال حقوق مدينه نائبًا عن هذا المدين. وكل نفع يعود من استعمال هذه الحقوق يدخل في أموال المدين ويكون ضمانًا لجميع دائنيه.

هذه المادة تطابق المادة (236) من التقنين الحالي، مع تعديل لفظي بسيط.

وتطابق المادة (262) من التقنين العراقي، مع تعديل لفظي بسيط، وتطابق في حكمها المادة (309) من التقنين الكويتي، التي تنص علىٰ أن: «يعتبر الدائن في استعماله حقوق مدينه نائبًا عنه».

والواقع أن ما جاء في النص المقترح من أن كل نفع تسفر عنه الدعوىٰ يدخل في أموال المدين، ويكون ضمانًا لجميع دائنيه - إنما هو نتيجة لازمة لاعتبار الدائن في هذه الدعوىٰ نائبًا عن المدين، ومع ذلك رئي ذكره في النص؛ للمقابلة بين هذه الدعوىٰ ودعوىٰ عدم نفاذ التصرف التي يتناولها النص التالي.



الفرع الثاني

دعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن

مادة (240): لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء، وصدر من مدينه تصرف ضار به - أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه، إذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين، أو زاد في التزاماته، وترتب عليه إعسار المدين، أو الزيادة في إعساره، وذلك متىٰ توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة التالية.

هذه المادة تطابق المادة (237) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (263) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (310) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادتين (370) و(371) من التقنين الأردني، فالمادة (370) من هذا التقنين تنص علىٰ أنه: «إذا أحاط الدين حالًّا أو مؤجلًا بمال المدين بأن زاد عليه أو

ساواه - فإنه يمنع من التبرع تبرعًا لا يلزمه ولم تجر العادة به، وللدائن أن يطلب الحكم بعدم نفاذ هذا التصرف في حقه» والمادة (371) من هذا التقنين تنص علىٰ أنه: «إذا طالب الدائنون المدين الذي أحاط الدين بماله بديونهم، فلا يجوز له التبرع بماله، ولا التصرف فيه معاوضة ولو بغير محاباة، وللدائنين أن يطلبوا الحكم بعدم نفاذ تصرفه في حقهم، ولهم أن يطلبوا بيع ماله والمحاصة في ثمنه وفقًا لأحكام القانون».

وأسس دعوىٰ عدم نفاذ تصرفات المدين الضارة في حق دائنيه - قائمة في الفقه المالكي، ففي هذا الفقه تتقيد تصرفات المدين الذي أحاط الدين بماله حتىٰ قبل الحجر، فلا تسري في حق دائنيه تصرفاته الضارة بهم التي صدرت منه قبل أن يحجر عليه الحاكم، ويجب لذلك توافر الشروط الآتية.

أولًا: أن يكون المدين قد أحاط الدين بماله. وذلك بأن تكون ديونه، الحالة منها والمؤجلة، أزيد من ماله أو مساوية له. الحرشي (ج5/ ص263)، حاشية الدسوقي (ج3/ ص262و 263).

ثانيًا: أن يكون المدين عالمًا وقت التصرف بأن الدين محيط بماله. الحطاب (ج5/ ص35).

ثالثًا: أن يكون التصرف الصادر من المدين ضارًّا بحقوق الدائنين، فلا يسري في حقهم إذا كان تصرفًا مفقرًا يجرد المدين من ماله دون مقابل، ويكون سببًا في إعسار المدين، أو في زيادة إعساره. حاشية الدسوقي (ج3/ ص262- 264)، الحرشي (ج5/ ص263و 264و 265)، عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (ج5/ ص181- 192).

مادة (241):

1- إذا كان تصرف المدين بعوض، اشترط لعدم نفاذه في حق الدائن أن يكون منطويًا علىٰ غش من المدين، وأن يكون من صدر له التصرف علىٰ علم بهذا الغش، ويكفي لاعتبار التصرف منطويًا علىٰ الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم أنه معسر، كما يعتبر من صدر له التصرف عالمًا بغش المدين، إذا كان قد علم أن هذا المدين

معسر.

2- أما إذا كان التصرف تبرعًا، فإنه لا ينفذ في حق الدائن، ولو كان من صدر له التبرع حسن النية، ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشًّا.

3- وإذا كان الخلف الذي انتقل إليه الشيء من المدين قد تصرف فيه بعوض إلىٰ خلف آخر، فلا يصح للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف، إلا إذا كان الخلف الثاني يعلم غش المدين، وعلم الخلف الأول بهذا الغش، إن كان المدين قد تصرف بعوض، أو كان هذا الخلف الثاني يعلم إعسار المدين وقت تصرفه للخلف الأول، إن كان المدين قد تصرف له تبرعًا.

هذه المادة تطابق المادة (238) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (264) من التقنين العراقي.

وتطابق في حكمها المادتين (311و 312) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادتين (370و 371) من التقنين الأردني، وقد تقدم ذكرهما.

انظر المواد (959و 961و 999و 1001و 1002 من المجلة).

وانظر ما ذكرناه تحت المادة السابقة عن شروط دعوىٰ عدم نفاذ التصرف في الفقه المالكي.

مادة (242): إذا ادعىٰ الدائن إعسار المدين، فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما في ذمته من ديون، وعلىٰ المدين نفسه أن يثبت أن له مالًا يساوي قيمة الديون، أو يزيد عليها.

هذه المادة تطابق المادة (239) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (265) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (313) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (372) من التقنين الأردني، التي تنص علىٰ أنه: «إذا ادعىٰ الدائن إحاطة الدين بمال المدين، فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما في ذمته من ديون، وعلىٰ

المدين نفسه أن يثبت أن له مالًا يزيد علىٰ قيمة الديون».

مادة (243): متىٰ تقرر عدم نفاذ التصرف، استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف إضرارًا بهم.

هذه المادة تطابق المادة (240) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (266) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (314) من التقنين الكويتي.

وتطابق المادة (373) من التقنين الأردني.

مادة (244): إذا كان من تلقىٰ حقًّا من المدين المعسر لم يدفع ثمنه، فإنه يتخلص من الدعوىٰ متىٰ كان هذا الثمن هو ثمن المثل، وقام بإيداعه خزانة المحكمة.

هذه المادة تطابق المادة (241) من التقنين الحالي.

وتطابق الفقرة الثالثة من المادة (267) من التقنين العراقي.

وتطابق في حكمها المادة (315) من التقنين الكويتي.

مادة (245):

1- إذا لم يقصد بالغش إلا تفضيل دائن علىٰ آخر دون حق، فلا يترتب عليه إلا حرمان الدائن من هذه الميزة.

2- وإذا وفىٰ المدين المعسر أحد دائنيه قبل انقضاء الأجل الذي عين أصلًا للوفاء، فلا يسري هذا الوفاء في حق باقي الدائنين، وكذلك لا يسري في حقهم الوفاء، ولو حصل بعد انقضاء هذا الأجل، إذا كان قد تم نتيجة تواطؤ بين المدين والدائن الذي استوفىٰ حقه.

هذه المادة تطابق المادة (242) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (268) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (316) من التقنين الكويتي.

مادة (246): لا تسمع دعوىٰ عدم نفاذ التصرف بعد انقضاء ثلاث سنوات، من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف، ولا تسمع في جميع الأحوال بعد انقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف.

هذه المادة تطابق المادة (243) من التقنين الحالي، مع استبدال عبارة: «لا تسمع» بعبارة: «تسقط بالتقادم» في صدر النص، واستبدال عبارة: «ولا تسمع» بعبارة: «وتسقط» في وسط النص.

وتطابق المادة (269) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (374) من التقنين الأردني.

وتطابق المادة (317) من التقنين الكويتي، فيما عدا أن هذه الأخيرة تتضمن لفظ: «تسقط» بالنسبة للدعوىٰ بدلًا من عبارة: «لا تسمع».



الفرع الثالث

الحق في الحبس

مادة (247):

1- لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به، مادام الدائن لم يوف بالتزام في ذمته نشأ بسبب التزام المدين وكان مرتبطًا به، أو ما دام الدائن لم يقدم تأمينًا كافيًا للوفاء بالتزامه.

2- ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محرزه، إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة، فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشيء حتىٰ يستوفي ما هو مستحق له، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئًا عن عمل غير مشروع.

هذه المادة تطابق المادة (246) من التقنين الحالي، مع تعديل لفظي بسيط في الفقرة الأولىٰ.

وتطابق في حكمها المادة (318) من التقنين الكويتي.

والفقرة الأولىٰ منها تطابق في حكمها المادة (282) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (387) من التقنين الأردني، التي تنص علىٰ أن: «لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به، ما دام الدائن لم يوف بالتزام في ذمته نشأ بسبب التزام المدين وكان مرتبطًا به».

والفقرة الثانية منها تقابل المادة (281) من التقنين العراقي، التي تنص علىٰ أنه: «يجوز لمن أنفق علىٰ ملك غيره، وهو في يده مصروفات ضرورية أو نافعة، أو أنشأ فيه بناءً، أو غرس فيه أشجارًا - أن يمتنع عن رده حتىٰ يستوفي ما هو مستحق له قانونًا، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئًا عن عمل غير مشروع».

وتقابل المادة (389) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ أن: «لمن أنفق علىٰ ملك غيره، وهو في يده مصروفات ضرورية أو نافعة - أن يمتنع عن رده حتىٰ يستوفي ما هو مستحق له قانونًا ما لم يتفق، أو يقضي القانون بغير ذلك».

وفي الفقه الإسلامي يتركز حق الحبس في مال ضمانًا للدين، وقد يكون مصدره العقد، حيث يكون للبائع أن يحبس المبيع حتىٰ يستوفي الثمن، ويكون للمستأجر أن يحبس المأجور إذا انفسخت الإجارة حتىٰ يسترد ما عجله من الأجرة، ويكون للمودع عنده أن يحبس الوديعة حتىٰ يستوفي ما أنفقه في حفظها بإذن القاضي، ويكون للأجير المشترك الذي لعمله أثر في العين كالخياط - أن يحبس العين حتىٰ يستوفي الأجرة، ويكون للوكيل بالشراء أن يحبس المال الذي اشتراه عن الموكل حتىٰ يدفع إليه الثمن.

وقد يكون الشرع هو مصدر حق الحبس، فللملتقط أن يحبس اللقطة عن مالكها حتىٰ يستوفي ما أنفقه عليها بإذن القاضي، وللغاصب أن يحبس المغصوب الذي زاد فيه زيادة متصلة من ماله، كمن يقيم علىٰ الأرض المغصوبة بناءً أو غراسًا حتىٰ يدفع له المالك قيمة الزيادة.

انظر في هذا الكاساني (ج4/ ص404- 406)، و(ج5/ ص259)، و(ج6/ ص37 و 202)، الزيلعي (ج5/ ص111 و230) عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (ج1/ ص36، م278- 280وم 482 وم 1491 من المجلة).

مادة (248):

1- مجرد الحق في حبس الشيء لا يثبت حق امتياز عليه.

2- وعلىٰ الحابس أن يحافظ علىٰ الشيء وفقًا لأحكام رهن الحيازة، وعليه أن يقدم حسابًا عن غلته.

3- وإذا كان الشيء المحبوس يخشىٰ عليه الهلاك أو التلف، فللحابس أن يحصل علىٰ إذن من القضاء في بيعه وفقًا للأحكام المقررة في رهن الحيازة، وينتقل الحق في الحبس من الشيء إلىٰ ثمنه.

هذه المادة تطابق المادة (247) من التقنين الحالي، مع تعديل لفظي في الفقرة الثالثة.

وتطابق المادة (283) من التقنين العراقي، مع اختلاف لفظي بسيط، وتقابل المادتين (390و 391) من التقنين الأردني. فالمادة (390) من هذا التقنين تنص علىٰ أن: «1- علىٰ من احتبس الشيء أن يحافظ عليه، وأن يقدم حسابًا عن غلته. 2- وله أن يستصدر إذنًا من المحكمة ببيع الشيء المحتبس إذا كان يخشىٰ عليه الهلاك أو التعيب، وذلك وفقًا للإجراءات الخاصة ببيع المرهون حيازة، وينتقل حق الاحتباس من الشيء إلىٰ ثمنه. والمادة (391) من هذا التقنين تنص علىٰ أن: «من احتبس الشيء استعمالًا لحقه في احتباسه كان أحق من باقي الغرماء في استيفاء حقه منه».

وتقابل المادتين (319و 320) من التقنين الكويتي. فالمادة (319) من هذا التقنين تنص علىٰ ما يأتي: «1- علىٰ الحابس أن يحافظ علىٰ الشيء، وأن يقدم حسابًا عن غلته».

2- وإذا كان الشيء المحبوس يخشىٰ عليه الهلاك أو التلف، فللحابس أن يحصل علىٰ إذن من المحكمة في بيعه وفقًا لإجراءات تحددها، وله أن يبيعه دون إذن المحكمة في حالة الاستعجال، وينتقل الحق في الحبس من الشيء إلىٰ ثمنه» والمادة (320) من هذا التقنين تنص علىٰ أن: «مجرد الحق في حبس الشيء لا يعطي الحابس حق امتياز عليه».

انظر في الفقه الإسلامي في اللقطة: الكاساني (ج9/ ص203) الزيلعي (ج3/ ص306).

مادة (249): إذا هلك الشيء المحبوس أو تلف لأي سبب كان - انتقل الحق في الحبس إلىٰ ما يحل محله.

هذه المادة مستحدثة. وقد قصد من إيرادها وضع قاعدة عامة تجعل الحق في الحبس ينتقل إلىٰ المال الذي يحل محل الشيء المحبوس في حالة الهلاك أو التلف، كأن يكون هذا المال تعويضًا أو مبلغ تأمين، وذلك تطبيقًا لمبدأ الحلول العيني.

وتطابق في حكمها المادة (321) من التقنين الكويتي، التي تنص علىٰ أنه: «إذا هلك الشيء المحبوس أو تلف، انتقل الحق في الحبس إلىٰ ما يستحق بسبب ذلك من مقابل أو تعويض، وتسري علىٰ انتقال الحق الأحكام الخاصة برهن الحيازة».

ويتفق حكم هذه المادة مع أحكام الفقه الإسلامي الخاصة بانتقال حق الدائن المرتهن إلىٰ بدل الشيء المرهون عند تلفه أو هلاكه.

مادة (250):

«1- ينقضي الحق في الحبس بخروج الشيء من يد حائزه أو محرزه.

2- ومع ذلك يجوز لحابس الشيء، إذا خرج الشيء من يده خفية أو بالرغم من معارضته - أن يطلب استرداده، إذا هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يومًا من الوقت الذي علم فيه بخروج الشيء من يده، وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه».

هذه المادة تطابق المادة (248) من التقنين الحالي.

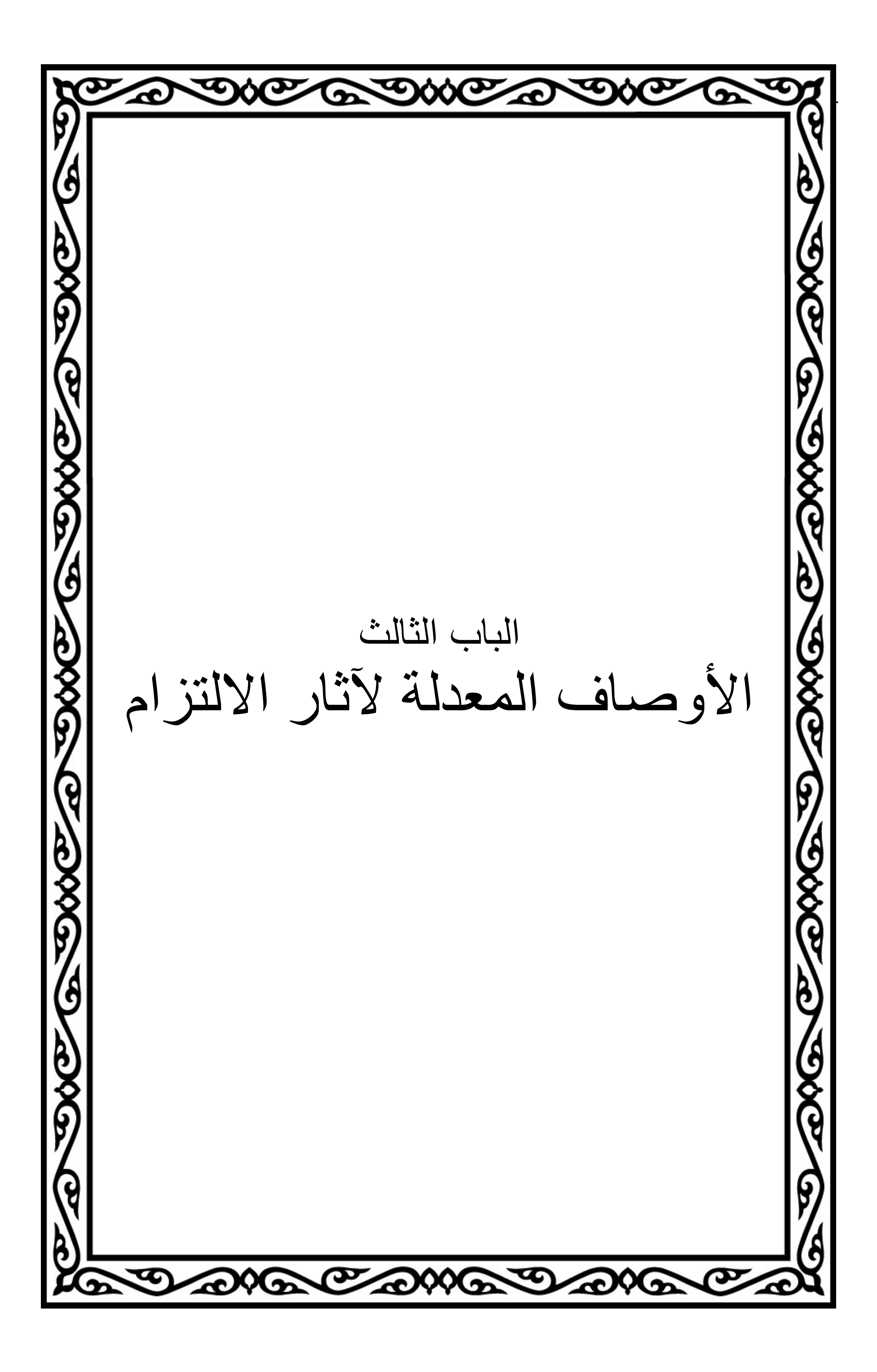
وتطابق المادة (284) من التقنين العراقي، مع اختلاف لفظي.

وتطابق المادة (392) من التقنين الأردني.

وتطابق المادة (392) من التقنين الأردني.

وتطابق المادة (322) من التقنين الكويتي، مع اختلاف لفظي (انظر الأشباه والنظائر ص 376، م 281 من المجلة وم 459 من مرشد الحيران).





الباب الثالث

الأوصاف المعدلة لآثار الالتزام

الفصل الأول
الشرط والأجل

الفرع الأول
الشرط

مادة (251): يكون الالتزام معلقًا علىٰ شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتبًا علىٰ أمر مستقبل غير محقق الوقوع.

هذه المادة تطابق المادة (265) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (325) من مشروع التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (286) من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي:

«1- العقد المعلق هو ما كان معلقًا علىٰ شرط واقف أو فاسخ.

2- ويشترط لصحة التعليق أن يكون مدلول فعل الشرط معدومًا علىٰ خطر الوجود لا محققًا ولا مستحيلًا».

وتقابل المادتين (393، 395) من التقنين الأردني:

فالمادة (393) من هذا التقنين تنص علىٰ أن: «الشرط التزام مستقبل يتوقف عليه وجود الحكم أو زواله عند تحققه».

والمادة (395) من هذا التقنين تنص علىٰ أن: «التصرف المعلق هو ما كان مقيدًا بشرط غير قائم أو بواقعة مستقبلة ويتراخىٰ أثره حتىٰ تتحقق الشروط، وعندئذ ينعقد سببًا مفضيًا إلىٰ حكمه».

(انظر في الفقه الإسلامي م 315- 319 من مرشد الحيران).

مادة (252): يعتبر الالتزام غير قائم إذا علق علىٰ شرط مستحيل، أو شرط مخالف للنظام العام أو للآداب، سواء كان الشرط واقفًا أو فاسخًا.

هذه المادة تقابل المادة (266) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

1- لا يكون الالتزام قائمًا إذا علق علىٰ شرط غير ممكن، أو علىٰ شرط مخالف

للآداب أو النظام العام، هذا إذا كان الشرط واقفًا، أما إذا كان فاسخًا فهو نفسه الذي يعتبر غير قائم.

2- ومع ذلك لا يقوم الالتزام الذي علق علىٰ شرط فاسخ مخالف للآداب أو النظام العام، إذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للالتزام».

وقد عدلت هذه المادة بتوحيد الحكم بالنسبة إلىٰ نوعي الشرط، حيث لا يقوم الالتزام، إذا علق علىٰ شرط واقف أو فاسخ، وكان الشرط مستحيلًا أو مخالفًا للنظام العام أو للآداب، ذلك أن الشرط الفاسخ لا يمكن إلا أن يكون هو السبب الدافع إلىٰ التعاقد، ما دام قد علق علىٰ تحققه فسخ العقد ذاته، ومن ثم قد تتحقق الصورة التي لا يكون فيها الشرط الفاسخ هو السبب الدافع إلىٰ التعاقد، ولا وجه لاختلاف الحكم بحسب ما إذا كان هذا الشرط مستحيلًا، أو كان مخالفًا للنظام العام أو للآداب، ففي الحالين لا يقوم الشرط ولا الالتزام.

قارن المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م386) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج3/ ص9).

والمادة المقترحة تقابل المادة (287) من التقنين العراقي التي تتفق مع المادة (266) من التقنين المصري الحالي.

وتقابل المادة (324) من التقنين الكويتي التي تتفق مع المادة (226) من التقنين المصري الحالي.

وتقابل المادة (397) من التقنين الأردني.

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (189) من المجلة علىٰ أن: «البيع بشرط ليس فيه نفع لأحد العاقدين يصح، والشرط لغو...».

ونصت المادة (319) من مرشد الحيران علىٰ أن: «التعليق علىٰ مستحيل لغو غير معتبر» انظر كذلك المواد: (321- 326و 349- 351) من مرشد الحيران.

مادة (253): لا يعتبر الالتزام قائمًا إذا علق علىٰ شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفًا علىٰ محض إرادة الملتزم.

هذه المادة تطابق المادة (267) من التقنين الحالي مع تعديل لفظي بسيط.

وتطابق المادة (325) من التقنين الكويتي مع اختلاف لفظي بسيط، انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م387) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج3/ ص12و 13).

مادة (254): لا يقوم الالتزام المعلق علىٰ شرط واقف إلا إذا تحقق الشرط، علىٰ أنه يجوز للدائن، قبل تحقق الشرط، أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به علىٰ حقه.

هذه المادة تقابل المادة (268) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ أنه: «إذا كان الالتزام معلقًا علىٰ شرط واقف، فلا يكون نافذًا إلا إذا تحقق الشرط. أما قبل تحقق الشرط، فلا يكون الالتزام قابلًا للتنفيذ القهري ولا للتنفيذ الاختياري، علىٰ أنه يجوز للدائن أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به علىٰ حقه».

وقد أدخل علىٰ هذه المادة تعديل لفظي في صدر النص، واستبدلت عبارة: «لا يقوم الالتزام» بعبارة «فلا يكون نافذًا»؛ لأن التعبير المختار هو التعبير الصحيح. وحذفت منها الإشارة إلىٰ عدم قابلية الالتزام للتنفيذ القهري أو الاختياري؛ لأن هذا مستفاد سواء من الحكم الوارد في صدر النص، أو من الحكم الوارد في نهايته.

والمادة المقترحة تقابل المادة (326) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (288) من التقنين العراقي، التي تنص علىٰ أن: «العقد المعلق علىٰ شرط واقف لا ينفذ إلا إذا تحقق الشرط».

وتقابل المادة (398) من التقنين الأردني، التي تنص علىٰ أنه: «لا ينفذ التصرف المعلق علىٰ شرط غير مناف للعقد إلا إذا تحقق الشرط».

انظر في الفقه الإسلامي مادة (317/ 2) من مرشد الحيران التي تنص علىٰ أن «المعلق يتأخر انعقاده سببًا إلىٰ وجود الشرط، فعند وجوده ينعقد سببًا مفضيًا إلىٰ حكمه».

مادة (255):

1- يترتب علىٰ تحقيق الشرط الفاسخ زوال الالتزام، ويكون الدائن ملزمًا برد ما

أخذه، فإذا استحال الرد لسبب يرجع إليه وجب عليه التعويض.
2- علىٰ أن أعمال الإدارة التي تصدر من الدائن تبقىٰ نافذة رغم تحقق الشرط.

هذه المادة تطابق المادة (269) من التقنين الحالي مع تعديل لفظي بسيط.
وتطابق في حكمها المادة (289) من التقنين العراقي.
وتطابق في حكمها المادة (399) من التقنين الأردني.
وتطابق في حكمها المادة (327) من التقنين الكويتي.

مادة (256):
1- إذا تحقق الشرط استند أثره إلىٰ الوقت الذي نشأ فيه الالتزام، إلا إذا تبين من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد - أن وجود الالتزام أو زواله إنما يكون في الوقت الذي تحقق فيه الشرط.
2- ومع ذلك لا يكون للشرط أثر رجعي إذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه.

هذه المادة تطابق المادة (270) من التقنين الحالي.
وتطابق المادة (290) من التقنين العراقي.
وتطابق المادة (328) من التقنين الكويتي.

❋ ❋ ❋

الفرع الثاني
الأجل

مادة (257):
1- يكون الالتزام لأجل إذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتبًا علىٰ أمر مستقبل محقق الوقوع.
2- ويعتبر الأمر محقق الوقوع متىٰ كان وقوعه محتمًا، ولو لم يعرف الوقت الذي يقع فيه.

هذه المادة تطابق المادة (271) من التقنين الحالي.

وتطابق في حكمها المادة (329) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (291) من التقنين العراقي، التي تنص علىٰ أنه: «يجوز أن يقترن العقد بأجل يترتب علىٰ حلوله تنجيز العقد أو انقضاؤه».

وتقابل المادة (402) من مشروع التقنين الأردني، التي تنص علىٰ أنه: «يجوز إضافة التصرف إلىٰ أجل تترتب عليه حلول أحكام نفاذه أو انقضائه».

انظر في الفقه الإسلامي (م320، 327، و328 و351) من مرشد الحيران (وم 156و 157و 248) من المجلة.

مادة (258):

1- إذا كان الالتزام مضافًا إلىٰ أجل واقف، فإنه لا يكون نافذًا إلا في الوقت الذي ينقضي فيه الأجل. علىٰ أنه يجوز للدائن حتىٰ قبل انقضاء الأجل - أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به علىٰ حقوقه. وله بوجه خاص أن يطالب بتأمين إذا خشي إفلاس المدين أو إعساره، واستند في ذلك إلىٰ سبب معقول.

2- ويترتب علىٰ انقضاء الأجل الفاسخ انتهاء الالتزام، دون أن يكون لهذا الانتهاء أثر رجعي.

هذه المادة تطابق المادة (274) من التقنين الحالي، مع تعديل لفظي توخيًا للدقة.

وتطابق المادتين (330و 335) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (293) من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي:

«1- العقد المضاف إلىٰ أجل واقف ينعقد سببًا في الحال، ولكن يتأخر وقت وقوع حكمه إلىٰ حلول الوقت المضاف إليه.

2- والعقد المقترن بأجل فاسخ يكون نافذًا في الحال، ولكن يترتب علىٰ انتهاء الأجل انقضاء العقد».

انظر في الفقه الإسلامي م (320) من مرشد الحيران».

مادة (259):

1- يفترض في الأجل أنه ضرب لمصلحة المدين، إلا إذا تبين من العقد أو من نص القانون أو من الظروف - أنه ضرب لمصلحة الدائن أو لمصلحة الطرفين معًا.
2- وإذا تمحض الأجل لمصلحة أحد الطرفين، جاز له أن ينزل عنه بإرادته المنفردة.

هذه المادة مستحدثة.

وهي تطابق المادة (297) من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي، ولكن حذفت هذه الأخيرة في لجنة المراجعة؛ لأن حكمها مستفاد من تطبيق المبادئ العامة.

وتطابق المادة (294) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (331) من التقنين الكويتي.

والفقرة الثانية منها تطابق في حكمها المادة (405) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ أنه: «إذا كان الأجل لمصلحة أي من الطرفين، فله أن يتنازل عنه بإرادته المنفردة».

انظر في الفقه الإسلامي م (212) من مرشد الحيران.

مادة (260): إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة - عين القاضي ميعادًا مناسبًا لحلول الأجل، مراعيًا في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلة، ومقتضيًا منه عناية الرجل الحريص علىٰ الوفاء بالتزامه.

وخيار التعيين في الفقه الإسلامي، وهو الذي يقابل التخيير في الالتزام التخييري - لا يجوز أن يقع علىٰ أكثر من أشياء ثلاثة، ويلزم فيه ذكر المدة التي يتم فيها الخيار علىٰ خلاف في الرأي، ويكون الخيار إما للمشتري أو للبائع حسب الشرط. راجع المبسوط للسرخسي (ج13/ ص55)، البدائع للكاساني (ج5/ ص157)، فتح القدير للكمال بن الهمام (ج5/ ص131)، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط (ج3/ ص141و 142 هامش1).

وانظر أيضًا م (316) من المجلة وم (410) من مرشد الحيران.

والظاهر أن نقل الملكية في خيار التعيين في الفقه الإسلامي - يستند إلىٰ الماضي في حالة ما إذا كان الخيار للمشتري أي للدائن. انظر البدائع (ج5/ ص261، 262)، عبد

الرزاق السنهوري، الوسيط (ج3/ ص165) هامش(1).

مادة: (263)[1]:

1- إذا كان خيار التعيين للمدين وامتنع عن الاختيار، أو تعدد المدينون ولم يتفقوا فيما بينهم - جاز للدائن أن يطلب من القاضي تعيين أجل يختار فيه المدين أو يتفق فيه المدينون، فإذا لم يتم ذلك تولىٰ القاضي بنفسه تعيين الشيء.

2- أما إذا كان خيار التعيين للدائن وامتنع عن الاختيار، أو تعدد المدينون ولم يتفقوا فيما بينهم - عين القاضي أجلًا إن طلب المدين ذلك، فإذا انقضىٰ الأجل انتقل الخيار إلىٰ المدين.

هذه المادة تطابق المادة (276) من التقنين الحالي، مع استبدال عبارة: «خيار التعيين» بلفظ: «الخيار» إيثارًا للتعبير الذي يستعمله الفقه الإسلامي، واستبدال كلمة: «الشيء» في نهاية الفقرة الأولىٰ بعبارة: «محل الالتزام».

وتقابل المادة (299) من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي:

«1- يلزم في خيار التعيين تحديد المدة التي يكون فيها الخيار.

2- فإذا كان الخيار للمدين، وامتنع عن الاختيار في المدة المحددة - جاز للدائن أن يطلب من المحكمة أن تتولىٰ بنفسها تعيين محل الالتزام، أما إذا كان الخيار للدائن، وامتنع عن الاختيار - انتقل الخيار إلىٰ المدين».

وتقابل المادة (408) من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي:

«1- يجب في التصرف التخييري تحديد مدة الاختيار.

2- فإذا لم يحدد المتعاقدان مدة في العقد - أو انقضت المدة المحددة لأحدهما دون أن يختار - جاز للطرف الآخر أن يطلب من المحكمة تحديد مدة الخيار أو محل التصرف».

وتقابل المادة (337) من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي:

1- يلزم في خيار التعيين تحديد المدة التي يكون فيها الخيار، فإذا أطلق الخيار

---

(1) سقطت ص (84) وبها المادتان (61، 62).

بدون مدة، حددت له المحكمة المدة المناسبة بناءً علىٰ طلب أي من الطرفين.

2- وإذا كان الخيار للمدين وامتنع عن الاختيار، أو تعدد المدينون ولم يتفقوا فيما بينهم - جاز للدائن أن يطلب من المحكمة أن تتولىٰ بنفسها تعيين محل الالتزام، أما إذا كان الخيار للدائن وامتنع عن الاختيار، أو تعدد الدائنون ولم يتفقوا فيما بينهم - انتقل الخيار إلىٰ المدين».

انظر في الفقه الإسلامي (م 318) من المجلة.

مادة (264): ينقل خيار التعيين إلىٰ الوارث.

هذه المادة مستحدثة.

وهي تطابق المادة (300) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (409) من التقنين الأردني.

وتطابق المادة (339) من التقنين الكويتي.

وما تقضي به المادة المقترحة ليس إلا تطبيقًا للقواعد العامة.

وحكمها مقرر في الفقه الإسلامي (انظر البدائع للكاساني (ج5/ ص157و 262، م 319 من المجلة، و م 414 من مرشد الحيران».

مادة (265):

1- إذا كان خيار التعيين للمدين، وهلك أحد الأشياء التي اشتمل عليها العقد - تركز اختيار المدين في الأشياء الباقية، وإذا هلكت الأشياء جميعها بسبب أجنبي، انقضىٰ الالتزام.

2- وإذا هلكت الأشياء جميعها، وكان المدين مسئولًا عن هذا الهلاك ولو فيما يتعلق بأحد هذه الأشياء - كان ملزمًا بأن يدفع قيمة آخر شيء هلك.

الفقرة الأولىٰ من هذه المادة مستحدثة.

والفقرة الثانية منها تطابق في حكمها المادة (277) من التقنين الحالي، التي تنص علىٰ أنه: «إذا كان الخيار للمدين، ثم استحال تنفيذ كل من الأشياء المتعددة التي اشتمل

عليها محل الالتزام، وكان المدين مسئولًا عن هذه الاستحالة ولو فيما يتعلق بواحدة من هذه الأشياء - كان ملزمًا بأن يدفع قيمة آخر شيء استحال تنفيذه».

والمادة المقترحة تطابق في حكمها المادة (301) من التقنين العراقي، التي تنص علىٰ أنه: «إذا كان خيار التعيين للمدين، وهلك أحد الشيئين في يده - كان له أن يلزم الدائن بالثاني، فإن هلكا معًا انفسخ العقد.

وإذا كان المدين مسئولًا عن الهلاك ولو فيما يتعلق بواحد من الشيئين - فيكون ملزمًا أن يدفع قيمة آخر شيء هلك».

وتطابق في حكمها المادة (338) من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي:

«1- إذا كان خيار التعيين للمدين، وهلك أحد الشيئين في يده - كان له أن يلزم الدائن بالشيء الثاني، فإن هلكا جميعا انقضىٰ الالتزام.

2- وإذا كان المدين مسئولًا عن الهلاك ولو فيما يتعلق بأحد الشيئين - كان ملزمًا أن يدفع قيمة آخر شيء هلك».

وتطابق في حكمها المادة (410) من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي:

«1- إذا كان الخيار للمدين وهلك أحد الشيئين في يده - كان له أن يلزم الدائن بالثاني وإن هلكا معًا بطل العقد.

2- فإذا كان المدين مسئولًا عن الهلاك ولو بالنسبة إلىٰ أحد هذه الأشياء - كان عليه أن يدفع قيمة آخر ما هلك منها».

انظر في أحكام الهلاك في خيار التعيين في الفقه الإسلامي: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط (ج3/ ص175و 176) في الهامش. الحطاب (ج4، ص425) م (411-413) من مرشد الحيران.



الفصل الثاني
الالتزام البدلي

مادة (266):

1- يكون الالتزام بدليًّا إذا لم يشمل العقد إلا شيئًا واحدًا، ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدىٰ بدلًا منه شيئًا آخر.

2- والأصل لا البديل هو وحده المعقود عليه، وهو الذي يحدد طبيعة الالتزام.

هذه المادة تقابل المادة (278) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- يكون الالتزام بدليًّا إذا لم يشمل محله إلا شيئًا واحدًا، ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدىٰ بدلًا منه شيئًا آخر.

2- والشيء الذي يشمله محل الالتزام، لا البديل الذي تبرأ ذمة المدين بأدائه - هو وحده محل الالتزام، وهو الذي يعين طبيعته».

والمادة المقترحة تقابل المادة (202) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (411) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (340) من التقنين الكويتي.

انظر في الفقه الإسلامي م (53) من المجلة.

وقد أدخلت علىٰ هذه المادة التعديلات الواردة في المادة المقترحة مراعاة لأن الملك ينتقل بالعقد، وليس تنفيذًا لالتزام يقع علىٰ عاتق المدين.



الفصل الثالث
تعدد طرفي الالتزام

الفرع الأول
التضامن

مادة (267): التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض، وإنما يكون بناءً علىٰ اتفاق أو نص في القانون.

هذه المادة تطابق المادة (279) من التقنين الحالي.

وتطابق المادتين (315) و (320) من التقنين العراقي .

وتطابق المادتين (412) و (426) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (341) من التقنين الكويتي.

انظر في الفقه الإسلامي: المبسوط (ج11/ ص174- 177 وج30/ ص174- 180)، البدائع (ج6/ ص41- 51و 73و 74و 76).

مادة (268):

1 - يجوز للدائنين المتضامنين، مجتمعين أو منفردين، مطالبة المدين بكل الدين، ويراعىٰ في ذلك ما يلحق رابطة كل دائن من وصف يعدل من أثر الدين.

2 - ولا يجوز للمدين إذا طالبه أحد الدائنين المتضامنين بالوفاء - أن يحتج علىٰ هذا الدائن بأوجه الدفع الخاصة بغيره من الدائنين، ولكن يجوز له أن يحتج علىٰ الدائن المطالب بأوجه الدفع الخاصة بهذا الدائن، وبأوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعًا.

هذه المادة تطابق المادة (281) من التقنين الحالي، مع تعديل لفظي بسيط في الفقرة الأولىٰ، حيث استبدلت عبارة: «بكل الدين» بلفظ: «بالوفاء».

وتطابق في حكمها المادة (316) من التقنين العراقي.

وتطابق في حكمها المادة (415) من التقنين الأردني.

وتطابق المادة (342) من التقنين الكويتي.

ويعرف الفقه الإسلامي نظام التضامن، سواء بين الدائنين أو بين المدينين.

فالتضامن بين الدائنين يقوم في شركة المفاوضة، سواء كانت شركة أموال أو شركة أعمال أو شركة وجوه، متىٰ كان الدين ناشئًا عن أعمال التجارة، فيعتبر الشركاء دائنين متضامنين بالثمن إذا باع أحدهم مالًا للشركة، ويعتبرون كذلك دائنين متضامنين بالتعويض إذا اغتصب شخص مالًا للشركة، كذلك يقوم التضامن بين الدائنين في شركة العنان إذا كانت شركة أعمال، فالشركاء دائنون متضامنون بالأجر المستحق، وأثر التضامن بين الدائنين يجعل لكل دائن أن يطالب المدين بكل الدين، وإذا وفىٰ المدين أحد الدائنين كل الدين، برئت ذمته نحو الجميع، ويرجع الدائنون علىٰ شريكهم الذي قبض الدين، كل منهم بحصته، وحصصهم دائمًا متساوية في شركة المفاوضة، والتضامن بين الدائنين في شركة المفاوضة يقوم علىٰ فكرة الوكالة، فكل شريك وكيل عن الآخر في القبض والتقاضي وفي جميع حقوق العقد، ويقوم التضامن بين الدائنين في شركة العنان علىٰ تضامنهم كمدينين، فالشركاء مدينون متضامنون في التزامهم بالعمل، فيكونون دائنين متضامنين في حقهم في الأجر.

انظر في التضامن بين الدائنين وبين المدينين في الفقه الإسلامي: شفيق شحاتة، النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية ص (303- 378)، وانظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط (ج3/ ص225) في الهامش.

مادة (269):

1- يجوز للمدين أن يوفي الدين لأي من الدائنين المتضامنين، إلا إذا أنذره دائن آخر بأن يمتنع عن ذلك.

2- ومع ذلك لا يحول التضامن دون انقسام الدين بين ورثة أحد الدائنين المتضامنين، إلا إذا كان الدين غير قابل للانقسام.

هذه المادة تطابق المادة (280) من التقنين الحالي، مع تعديل لفظي في الفقرة

الأولىٰ التي تقول: «إذا كان التضامن بين الدائنين، جاز للمدين أن يوفي الدين لأي منهم، إلا إذا مانع أحدهم في ذلك».

وتطابق المادة (343) من التقنين الكويتي.

والفقرة الأولىٰ منها تطابق المادة (317) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (343) من التقنين الكويتي.

ويتضح مما تقدم ذكره أن حكم الفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة مقرر في الفقه الإسلامي.

مادة (270):

1- إذا برئت ذمة المدين قبل أحد الدائنين المتضامنين بسبب غير الوفاء - فلا تبرأ ذمته قبل باقي الدائنين، إلا بقدر حصة هذا الدائن.

2- وإذا أتىٰ أحد الدائنين المتضامنين عملًا من شأنه الإضرار بغيره من الدائنين - فلا ينفذ هذا العمل في حقهم.

هذه المادة تطابق في حكمها المادة (282) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- إذا برئت ذمة المدين قبل أحد الدائنين المتضامنين بسبب غير الوفاء - فلا تبرأ ذمته قبل باقي الدائنين، إلا بقدر حصة الدائن الذي برئت ذمة المدين قبله.

2- ولا يجوز لأحد الدائنين المتضامنين أن يأتي عملًا من شأنه الإضرار بالدائنين الآخرين».

وقد عدلت صياغة هذه المادة الأخيرة علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة، مع الإبقاء علىٰ حكمها.

والمادة المقترحة تطابق في حكمها المادة (318) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (344) من التقنين الكويتي.

والفقرة الأولىٰ منها تطابق المادة (414) من التقنين الأردني.

انظر في الفقه الإسلامي: البدائع (ج6/ ص70 و72 و74 و76) وم (169 و171

و172 – 187) من مرشد الحيران.

مادة (271): كل ما يستوفيه أحد الدائنين المتضامنين من الدين يصير من حق الدائنين جميعًا، ويقتسمونه بالتساوي إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك.

هذه المادة تطابق في حكمها المادة (283) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- كل ما يستوفيه أحد الدائنين المتضامنين من الدين يصير من حق الدائنين جميعًا ويتحاصون فيه.

2- وتكون القسمة بينهم بالتساوي، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك».

وتطابق المادة (319) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (416) من التقنين الأردني.

وتطابق المادة (345) من التقنين الكويتي.

انظر في الفقه الإسلامي: البدائع (ج6/ ص59 و61)، م(169 و171 و172– 187) من مرشد الحيران.

مادة (272):

1- يجوز للدائن مطالبة المدينين المتضامنين بالدين مجتمعين أو منفردين، ويراعىٰ في ذلك ما يلحق رابطة كل مدين من وصف يعدل من أثر الدين.

2- ولا يجوز للمدين الذي يطالبه الدائن بالوفاء أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين، ولكن يجوز له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة به، وبالأوجه المشتركة بين المدينين جميعًا.

هذه المادة تطابق المادة (285) من التقنين الحالي.

وتطابق في حكمها المادة (321) من التقنين العراقي.

وتطابق في حكمها المادة (428) من التقنين الأردني.

وتطابق المادة (346) من التقنين الكويتي.

وكما رأينا فيما تقدم فإن الفقه الإسلامي يعرف نظام التضامن، سواء بين الدائنين أو بين المدينين.

والتضامن بين المدينين يقوم بين الشركاء في شركة المفاوضة، ولو نشأ الدين من غير أعمال التجارة، ما دام ذا صيغة مالية، ويقوم كذلك في شركة العنان إذا كانت شركة أعمال، فيكون الشركاء متضامنين في التزامهم بالعمل، وهم أيضا مدينون متضامنون بالتعويض المستحق في حالة هلاك الشيء المسلم لهم، ولو كان الهلاك منسوبًا لخطأ أحدهم دون الآخرين، وهناك أيضًا تضامن اتفاقي بين المدينين، فإذا نشأ الالتزام عن مصدر واحد وكان محله واحدًا، وتعدد المدينون وكفل بعضهم بعضًا - كانوا جميعًا مدينين متضامنين. والتضامن بين المدينين، سواء كان اتفاقيًّا أو قانونيًّا (في شركتي المفاوضة والعنان) - يقوم علىٰ فكرة الكفالة المتبادلة بين المدينين، ومن ثم فأحكام الكفالة هي التي تسري، ويجوز للدائن أن يرجع علىٰ أي مدين بكل الدين بصفته أصيلًا عن نفسه وكفيلًا، بالمدينين الآخرين، وكذلك يجوز لأي مدين أن يفي الدائن الدين كله بصفته أصيلًا وكفيلا. وإذا وفىٰ أحد المدينين الدين كله للدائن، رجع علىٰ المدينين الآخرين ككفيل إذا كانت الكفالة بأمرهم، وله أن يرجع علىٰ كل منهم بحصته، كما له أن يرجع علىٰ أي منهم بحصته وبنصيبه في حصص الآخرين، ثم يرجعان معًا بالباقي علىٰ سائر المدينين.

ويتبين من هذا أن الكفالة هي التي جعلت أساسًا للتضامن السلبي في الفقه الإسلامي.

(انظر في التضامن بين الدائنين وبين المدينين في الفقه الإسلامي: شفيق شحاتة، النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية ص (303- 378)، وانظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط (ج3/ ص235 و236) في الهامش.

وانظر كذلك: م ط(ج 20/ص 28 و34)، البدائع (ج6/ ص10)، المبسوط (190 من مرشد الحيران).

مادة (273): إذا أوفىٰ أحد المدينين المتضامنين الدين برئت ذمة الباقين.

هذه المادة تطابق في حكمها المادة (284) من التقنين الحالي، التي تنص علىٰ أنه:

«إذا كان التضامن بين المدينين، فإن وفاء أحدهم الدين مبرئ لذمة الباقين».

وتطابق المادة (427) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (322) من التقنين العراقي، التي تنص علىٰ أنه: «إذا قضىٰ أحد المدينين المتضامنين الدين بتمامه عينًا أو بمقابل أو بطريق الحوالة - برئت ذمته ويبرأ معه المدينون الآخرون».

وتقابل المادة (347) من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي:

«1- يترتب علىٰ وفاء أحد المدينين المتضامنين بالدين عينًا أو بمقابل - براءة ذمته وبراءة باقي المدينين.

2- وإذا برئت ذمة أحد المدينين المتضامنين بطريق حوالة الدين - فإنه يبرأ معه المدينون الآخرون، إلا إذا رضوا بالحوالة».

مادة (274): يترتب علىٰ تجديد الدين بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين - أن تبرأ ذمة باقي المدينين، إلا إذا احتفظ الدائن بحقه قبلهم.

هذه المادة تطابق المادة (286) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (323) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (429) من التقنين الأردني.

وتطابق المادة (348) من التقنين الكويتي.

مادة (275): لا يجوز للمدين المتضامن أن يحتج بالمقاصة التي تقع بين الدائن ومدين متضامن آخر، إلا بقدر حصة هذا المدين.

هذه المادة تطابق (287) من التقنين الحالي، مع استبدال لفظ: «يحتج» بلفظ: «يتمسك».

وتطابق المادة (324) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (349) من التقنين الكويتي.

وتطابق في حكمها ما تقضي به المادة (430) من التقنين الأردني.

مادة (276): إذا اتحدت الذمة بين الدائن وأحد مدينيه المتضامنين – فإن الدين لا ينقضي بالنسبة إلىٰ باقي المدينين إلا بقدر حصة المدين الذي اتحدت ذمته مع الدائن.

هذه المادة تطابق المادة (288) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (325) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (350) من التقنين الكويتي.

وتطابق في حكمها ما تقضي به المادة (430) من التقنين الأردني. انظر في الفقه الإسلامي: البدائع (ج6/ ص14).

مادة (277):

1– إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين، فلا تبرأ ذمة الباقين إلا إذا صرح الدائن بذلك.

2– فإذا لم يصدر منه هذا التصريح، فليس له أن يطالب باقي المدينين المتضامنين إلا بما يبقىٰ من الدين بعد خصم حصة المدين الذي أبرأه، إلا أن يكون قد احتفظ بحقه في الرجوع عليهم بكل الدين، وفي هذه الحالة يكون لهم حق الرجوع علىٰ المدين الذي صدر الإبراء لصالحه بصحته في الدين.

هذه المادة تطابق المادة (289) من التقنين الحالي.

وتطابق في حكمها المادة (351) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (326) من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي:

«1– إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين سقط عنه الدين، ولا تبرأ ذمة الباقين إلا إذا صرح الدائن بذلك.

2– فإذا لم يصدر منه هذا التصريح، فليس له أن يطالب باقي المدينين المتضامنين إلا بما يبقىٰ من الدين بعد خصم حصة المدين الذي أبرأه».

وتطابق في حكمها المادتين (430 و431) من التقنين الأردني:

فالمادة (430) من هذا التقنين تنص علىٰ أنه: «إذا انقضت حصة أحد المدينين المتضامنين في الدين بطريق المقاصة أو اتحاد الذمتين أو الإبراء - فإن الدين لا ينقضي بالنسبة لباقي المدينين إلا بقدر حصة هذا المدين».

والمادة (431) من هذا التقنين تنص علىٰ أنه: «إذا لم يوافق الدائن علىٰ إبراء باقي المدينين المتضامنين من الدين، فليس له أن يطالبهم بغير الباقي بعد خصم حصة المدين الذي أبرأه، إلا إذا احتفظ بحقه في الرجوع عليهم بكل الدين، وعندئذ يحق لهم الرجوع علىٰ المدين بحصته فيه».

انظر في الفقه الإسلامي: البدائع (ج1/ ص11) و(ج6/ ص11).

مادة (278): إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين من التضامن، بقىٰ حقه في الرجوع علىٰ الباقين بكل الدين، ما لم يتفق علىٰ غير ذلك.

هذه المادة تطابق المادة (290) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (327) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (432) من التقنين الأردني.

وتطابق المادة (352) من التقنين الكويتي.

انظر في الفقه الإسلامي: البدائع (ج1/ ص11) و(ج6/ ص11).

مادة (279):

1- في جميع الأحوال التي يبرئ فيها الدائن أحد المدينين المتضامنين، سواء أكان الإبراء من الدين أم من التضامن، يكون لباقي المدينين أن يرجعوا عند الاقتضاء علىٰ هذا المدين بنصيبه في حصة المعسر منهم وفقًا للمادة (286).

2- علىٰ أنه إذا أخلىٰ الدائن المدين الذي أبرأه من كل المسئولية عن الدين، فإن الدائن هو الذي يتحمل نصيب هذا المدين في حصة المعسر.

هذه المادة تطابق المادة (291) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (328) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (353) من التقنين الكويتي.

وتطابق المادة (423) من التقنين الأردني.

انظر في الفقه الإسلامي: البدائع (ج1 / ص11 وج6/ ص11).

مادة (280):

1- إذا امتنع سماع الدعوىٰ بسبب التقادم بالنسبة إلىٰ أحد المدينين المتضامنين - فلا يستفيد من ذلك باقي المدينين إلا بقدر حصة هذا المدين.

2- وإذا انقطعت المدة المقررة لعدم سماع الدعوىٰ أو وقف سريانها بالنسبة إلىٰ أحد المدينين المتضامنين - فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقي المدينين.

هذه المادة تطابق المادة (292) من التقنين الحالي، مع تعديل لفظي اقتضاه استعمال تعبير: «عدم سماع الدعوىٰ بسبب التقادم» بدلًا من: «انقضاء الدين بالتقادم».

وتطابق المادة (329) من التقنين العراقي.

تطابق المادة (434) من التقنين الأردني.

وتطابق المادة (354) من التقنين الكويتي.

مادة (281):

1- لا يكون المدين المتضامن مسئولًا في تنفيذ الالتزام إلا عن فعله.

2- وإذا أعذر الدائن أحد المدينين المتضامنين أو قاضاه، فلا يكون لذلك أثر بالنسبة إلىٰ باقي المدينين، أما إذا أعذر أحد المدينين المتضامنين الدائن، فإن باقي المدينين يستفيدون من هذا الإعذار.

هذه المادة تطابق المادة (293) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (330) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (435) من التقنين الأردني.

وتطابق المادة (355) من التقنين الكويتي.

مادة (282): إذا تصالح الدائن مع أحد المدينين المتضامنين، وتضمن الصلح الإبراء من الدين، أو براءة الذمة منه بأية وسيلة أخرىٰ - استفاد منه الباقون، أما إذا كان من شأن هذا الصلح أن يرتب في ذمتهم التزامًا، أو يزيد فيما هم ملتزمون به - فإنه لا ينفذ في حقهم إلا إذا قبلوه.

هذه المادة تطابق المادة (294) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (331) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (436) من التقنين الأردني.

وتطابق المادة (356) من التقنين الكويتي.

مادة (283):

1- إذا أقر أحد المدينين المتضامنين بالدين، فلا يسري هذا الإقرار في حق الباقين.

2- وإذا نكل أحد المدينين المتضامنين عن اليمين، أو وجه إلىٰ الدائن يمينًا حلفها

- فلا يضار بذلك باقي المدينين.

3- وإذا اقتصر الدائن علىٰ توجيه اليمين إلىٰ أحد المدينين المتضامنين فحلف - فإن المدينين الآخرين يستفيدون من ذلك».

هذه المادة تطابق المادة (295) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (332) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (437) من التقنين الأردني.

وتطابق المادة (357) من التقنين الكويتي.

مادة (284):

1- إذا صدر حكم علىٰ أحد المدينين المتضامنين، فلا يحتج بهذا الحكم علىٰ الباقين.

2 – أما إذا صدر الحكم لصالح أحدهم، فيستفيد منه الباقون، إلا إذا كان الحكم مبنيًّا علىٰ سبب خاص بالمدين الذي صدر الحكم لصالحه.

هذه المادة تطابق المادة (296) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (333) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (438) من التقنين الأردني.

وتطابق المادة (358) من التقنين الكويتي.

مادة (285):

1 – إذا وفىٰ أحد المدينين المتضامنين كل الدين، فلا يجوز له أن يرجع علىٰ أي من الباقين إلا بقدر حصته في الدين، ولو كان بما له من حق الحلول قد رجع بدعوىٰ الدائن.

2 – وينقسم الدين إذا وفاه أحد المدينين حصصًا متساوية بين الجميع، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك.

هذه المادة تطابق المادة (297) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (359) فقرة أولىٰ وثانية من التقنين الكويتي.

وتطابق في حكمها المادة (334) فقرة أولىٰ من التقنين العراقي.

وتطابق في حكمها الجزء الأول من المادة (439) من التقنين الأردني.

مادة (286): إذا أعسر أحد المدينين المتضامنين تحمل تبعة هذا الإعسار المدين الذي وفىٰ بالدين، وسائر المدينين الموسرين، كل بقدر حصته».

هذه المادة تطابق المادة (298) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (334) فقرة ثانية من التقنين العراقي.

وتطابق في حكمها الجزء الأخير من المادة (439) من التقنين الأردني.

وتطابق المادة (359) فقرة ثالثة من التقنين الكويتي.

انظر في الفقه الإسلامي: المبسوط (ج20/ ص29و 34و 38)، البدائع (ج6/ ص14 و15).

مادة (287): إذا كان أحد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة في الدين، فهو الذي يتحمله كله نحو الباقين.

هذه المادة تطابق المادة (299) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (335) فقرة ثانية من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (440) من التقنين الأردني.

وتطابق المادة (360) من التقنين الكويتي.

انظر في الفقه الإسلامي: المبسوط (ج20/ ص29و 34و 38)، البدائع (ج6/ ص14 و15).



الفرع الثاني
عدم القابلية للانقسام

مادة (288):

يكون الالتزام غير قابل للانقسام:

(أ) إذا ورد علىٰ محل لا يقبل بطبيعته أن ينقسم.

(ب) إذا تبين من الغرض الذي رمىٰ إليه المتعاقدان - أن الالتزام لا يجوز تنفيذه منقسمًا، أو إذا انصرفت نية المتعاقدين إلىٰ ذلك.

هذه المادة تطابق المادة (300) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (336) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (361) من التقنين الكويتي.

وتطابق في حكمها المادة (441) من التقنين الأردني، التي تنص علىٰ أنه «لا يقبل التصرف التجزئة إذا ورد علىٰ محل تأباه طبيعة أو تبين من قصد المتعاقدين عدم جوازها».

مادة (289):

1- إذا تعدد الدائنون في التزام غير قابل للانقسام، أو تعدد ورثة الدائن في هذا الالتزام - جاز لكل دائن أو وارث أن يطالب بأداء الالتزام كاملًا، فإذا اعترض أحد الدائنين أو الورثة علىٰ ذلك، كان المدين ملزمًا بأداء الالتزام للدائنين مجتمعين أو إيداع الشيء محل الالتزام.

2- ويرجع الدائنون علىٰ الدائن الذي استوفىٰ الالتزام، كلٌّ بقدر حصته.

هذه المادة تطابق المادة (302) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (338) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (442) من التقنين الأردني.

وتطابق المادة (363) من التقنين الكويتي.

مادة (290):

1- إذا تعدد المدينون في التزام غير قابل للانقسام، كان كل منهم ملزمًا بوفاء الدين كاملًا.

2- وللمدين الذي وفىٰ بالدين حق الرجوع علىٰ الباقين، كل بقدر حصته إلا إذا تبين من الظروف غير ذلك.

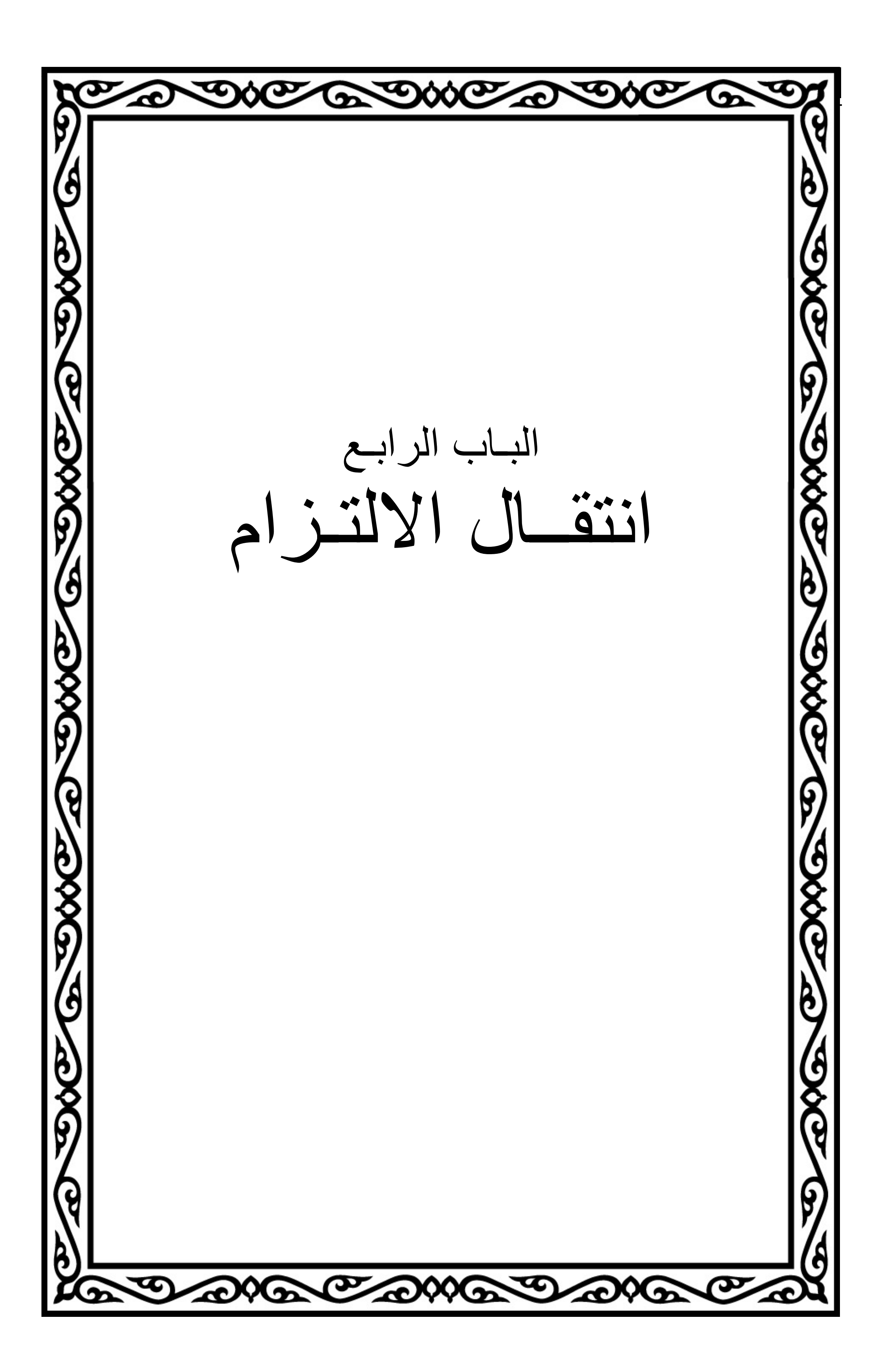
هذه المادة تطابق المادة (301) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (337) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (443) من التقنين الأردني.

وتطابق المادة (362) من التقنين الكويتي.





الباب الرابع

انتقال الالتزام

انتقال الالتزام في الفقه الإسلامي:

يعرف الفقه الإسلامي الحوالة، وهو يفرق بين الحوالة المقيدة والحوالة المطلقة، وفي كل من الحوالتين يوجد دائن ومدين وأجنبي محال عليه، وهذا الأجنبي هو الذي يتركز فيه التفريق بين الحوالة المقيدة والحوالة المطلقة.

فإذا كان هذا الأجنبي المحال عليه مدينًا للمدين، أو كان في يده له وديعة أو عين مغصوبة، وأراد المدين عن طريق الحوالة الوفاء بالدين الذي في ذمته للدائن بالحق الذي له في ذمة الأجنبي، فهذه هي الحوالة المقيدة، وهي أقرب إلىٰ أن تكون طريقًا من طرق الوفاء بالدين من أن تكون حوالة بالمعنىٰ الدقيق. وتقرها المذاهب جميعًا، علىٰ خلاف بينهما في الصياغة القانونية.

أما إذا كان الأجنبي غير مدين للمدين، أو كان مدينًا ولكن لم تقيد الحوالة بهذا الدين في المذهب الحنفي، فهذه هي الحوالة المطلقة. فإذا تصورنا أن المدين يريد أن يحيل دينه علىٰ الأجنبي، كانت هذه حوالة للدين بالمعنىٰ الدقيق، وهذه لا يسلم بها الفقه الإسلامي، خلافًا لما يقال عادة. فهي عنده أقرب إلىٰ أن تكون كفالة أو تجديدًا، من أن تكون حوالة للدين. وقد قدمنا أن الكفالة في الفقه الإسلامي هي الأصل في التضامن، وهي هنا أيضًا الأصل في الحوالة، وإذا تصورنا كذلك في الحوالة المطلقة أن الدائن هو الذي يريد أن يحيل حقه للأجنبي - كانت هذه حوالة للحق بالمعنىٰ الدقيق. وحوالة الحق أيضًا لا يسلم بها الفقه الإسلامي بوجه عام، خلافًا لما يقال عادة، ذلك أن الحنفية والشافعية والحنابلة لا يسلمون بهذه الحوالة، أما المالكية فيسلمون بها في حدود معينة.

وحوالة الدين في الفقه الإسلامي تدخل في منطقة الوفاء بالدين لا في منطقة بيعه أو انتقاله (انظر في هذا المعنىٰ: ابن القيم نقلًا عن ابن تيمية في إعلام الموقعين (ج1/ ص341).

ويخلص من هذا أن الفقه الإسلامي لم يقر حوالة الدين بالمعنىٰ الدقيق المعروف في فقه القانون الوضعي، فهي في الفقه الإسلامي إما تجديد أو كفالة في المذهب الحنفي، وهي تجديد للدين بتغيير المدين وبتغيير الدائن في المذاهب الأخرىٰ.

وأقر الفقه الإسلامي حوالة الحق بشروط معينة في أحد مذاهبه، وهو مذهب مالك دون المذاهب الأخرىٰ.

ويعتمد الفقه الإسلامي في مشروعية الحوالة علىٰ حديث عن النبي ﷺ، حيث قال: «**مطل الغني ظلم، وإذا أتبع أحدكم علىٰ مليء فليتبع**».

(**انظر في هذا الموضوع**: البدائع (ج6/ ص1- 19)، فتح القدير (ج5/ ص443- 452)، الزيلعي (ج4/ ص171- 175)، الفتاوىٰ الهندية (ج3/ ص295- 306)، ابن عابدين (ج4/ ص446- 459)، بداية المجتهد (ج2/ ص250- 252)، الحرشي (ج6/ ص16- 21)، الحطاب (ج5/ ص90- 96)، القوانين الفقهية لابن جزي (227)، المهذب (ج1/ ص338و 339)، المغني (ج4/ص521- 534)، صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية (ج2/ ص341- 356)، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط (ج3/ فقرة (240) ص420- 437).

وانظر: م (673- 700) من المجلة، وم (859- 891) من مرشد الحيران.

وانظر كذلك: م (993- 1017) من التقنين الأردني.



الفصل الأول
حوالة الحق

مادة (291):

1- يجوز للدائن أن يحول حقه إلىٰ شخص آخر، إلا إذا حال دون ذلك نص القانون، أو اتفاق المتعاقدين، أو طبيعة الالتزام، وتتم الحوالة دون حاجة إلىٰ رضاء المدين.

2- وإذا كانت الحوالة بعوض، فيشترط فيها أن يعجل العوض. وإذا كان العوض من جنس الحق المحال به، وجب أن يكون مساويًا له.

الفقرة الأولىٰ من هذه المادة تطابق المادة (303) من التقنين الحالي، وتطابق المادة (362) من التقنين العراقي، مع اختلاف لفظي، وتطابق المادة (364) من التقنين الكويتي، مع اختلاف لفظي.

انظر: المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م(427) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج3/ ص113و 114).

والفقرة الثانية من المادة المقترحة مستحدثة.

وبمقتضاها إذا كانت الحوالة بعوض، فيشترط فيها أن يعجل هذا العوض، وهذا الشرط مأخوذ من مذهب الإمام مالك، حيث يجب أن يعجل الثمن، وإلا كان من بيع الدين بالدين وهذا غير جائز، فقد نهىٰ رسول الله ﷺ عن بيع الكالئ بالكالئ وهو بيع الدين بالدين. الشرح الكبير (ج4/ ص165).

وإذا كان العوض من جنس الحق المحال به، فيشترط لذلك أن يكون العوض مساويًا للحق، فإذا اشترىٰ المشتري الدين بثمن من جنسه أقل من قيمته، كان سلفًا بمنفعة ويداخله الربا.

والمذهب المالكي - دون المذاهب الثلاثة الأخرىٰ: الحنفي والشافعي والحنبلي - يقر حوالة الحق فيما يسميه بهبة الدين وبيع الدين. ويشترط لانعقاد هبة الدين لغير

المدين، وهي حوالة حق عن طريق التبرع، ما يشترط لانعقاد الهبة بوجه عام.

ويشترط لانعقاد بيع الدين إلىٰ غير المدين، وهو حوالة حق عن طريق المعاوضة، ما يشترط لانعقاد البيع بوجه عام. ويشترط المذهب المالكي إلىٰ جانب ذلك شروطًا أخرىٰ، هي:

(1) ألا يكون الدين حقًّا متنازعًا فيه؛ لأن شراء ما فيه خصومة غير جائز.

(2) ألا يكون الدين طعامًا في ذمة المدين؛ لأن بيع الطعام قبل قبضه ممنوع.

(3) ألا يكون الثمن من جنس الدين؛ إذ المشتري يشتري الدين المؤجل عادة بأقل من قيمته، فيكون سلفًا بمنفعة ويداخله الربا.

(4) أن يعجل الثمن، وإلا كان من بيع الدين بالدين، وهذا غير جائز.

(5) ألا يكون المشتري خصمًا للمدين، وإلا كان في هذا إعنات للمدين بتسليط خصمه عليه.

انظر في ذلك: المدونة الكبرىٰ للإمام مالك (ج9/ ص128- 130)، التاودي علىٰ التحفة (ج2/ ص47)، السنهوري، الوسيط (ج3/ فقرة (240) ص434 و435).

وانظر: المادة (66) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك، الشرح الصغير وحاشيته (ج2/ ص37)، مواهب الجليل (ج4/ ص368).

وقد اعتمد المشروع من هذه الشروط الشرطين الواردين في الفقرة الثانية من المادة المقترحة.

مادة (292): لا تجوز حوالة الحق إلا بقدر ما يكون منه قابلًا للحجز.

هذه المادة تطابق المادة (304) من التقنين الحالي، مع استبدال لفظ «بقدر» بلفظ «بمقدار».

وتطابق المادة (364) من التقنين العراقي، وتطابق المادة (365) من التقنين الكويتي.

انظر: المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م

(429)، في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج3/ ص113و 114).

مادة (293): لا تكون الحوالة نافذة في حق المدين أو في حق الغير إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها. علىٰ أن نفاذها في حق الغير بقبول المدين يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ.

هذه المادة تطابق المادة (305) من التقنين الحالي، مع تعديل لفظي باستبدال عبارة: «في حق» بلفظ: «قبل».

وتطابق المادة (363) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (366) من التقنين الكويتي.

انظر: المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م (430)، في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج3/ ص116).

مادة (294): يجوز قبل إعلان الحوالة أو قبولها أن يتخذ الدائن المحال له من الإجراءات ما يحافظ به علىٰ الحق الذي انتقل إليه.

هذه المادة تطابق المادة (306) من التقنين الحالي، وتطابق في حكمها المادة (367) من التقنين الكويتي.

مادة (295): ينتقل الحق إلىٰ المحال له بصفاته وتوابعه وضماناته، وتعتبر الحوالة شاملة لما حل من أقساط.

هذه المادة تقابل المادة (307) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ أن «تشمل حوالة الحق ضماناته، كالكفالة والامتياز والرهن، كما تعتبر شاملة لما حل من فوائد وأقساط».

وقد عدل النص في التقنين الحالي علىٰ نحو يتضح منه كل ما تشمله الحوالة. كما حذف منه لفظ: «فوائد» اتساقًا مع ما تقدم النص عليه من تحريم للربا.

والمادة المقترحة تقابل المادة (365) من التقنين العراقي، التي تنص علىٰ أنه

«ينتقل الحق إلىٰ المحال له بصفته وضماناته كالكفالة والامتياز والرهن، وتعتبر الحوالة شاملة لما حل من فوائد وأقساط».

وتقابل المادة (368) من التقنين الكويتي التي تنص علىٰ أن «ينتقل الحق إلىٰ المحال له بصفاته وتوابعه وتأميناته».

مادة (296): يجب علىٰ المحيل أن يسلم إلىٰ المحال له سند الحق المحال به، وأن يقدم له وسائل إثبات هذا الحق، وما هو ضروري من بيانات لتمكينه من حقه.

هذه المادة مستحدثة.

وهي تطابق المادة (434) من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي التي حذفت في لجنة المراجعة.

وتطابق المادة (367) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (369) من التقنين الكويتي.

مادة (297): للمدين أن يتمسك قبل المحال له بالدفوع التي كانت له، وقت نفاذ الحوالة في حقه، وأن يتمسك بها قبل المحيل، كما يجوز له أن يتمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة.

هذه المادة تطابق المادة (312) من التقنين الحالي.

وتطابق في حكمها المادة (366) من التقنين العراقي، التي تنص علىٰ أن «للمحال عليه أن يتمسك قبل المحال له بالدفوع التي كانت له، عند صيرورة الحوالة نافذة في حقه، وأن يحتج بها علىٰ المحيل، كما يجوز له أن يحتج بالدفوع الخاصة بالمحال له وحده».

وتطابق في حكمها المادة (370) من التقنين الكويتي، التي تنص علىٰ أن «للمدين أن يتمسك قبل المحال له بالدفوع التي كانت له، وقت نفاذ الحوالة في حقه، وأن يحتج بها علىٰ المحيل، كما يجوز له أن يحتج بالدفوع الخاصة به في مواجهة المحال له».

مادة (298):

1 - إذا كانت الحوالة بعوض فلا يضمن المحيل إلا وجود الحق المحال به وقت الحوالة، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك.
2 - أما إذا كانت الحوالة بغير عوض، فلا يكون المحيل ضامنًا حتىٰ لوجود الحق.

هذه المادة تطابق المادة (308) من التقنين الحالي.
وتطابق المادة (368) من التقنين العراقي.
وتطابق المادة (371) من التقنين الكويتي.

مادة (299):
1 - لا يضمن المحيل يسار المدين إلا إذا وجد اتفاق خاص علىٰ هذا الضمان.
2 - وإذا ضمن المحيل يسار المدين، فلا ينصرف هذا الضمان إلا إلىٰ اليسار وقت الحوالة، ما لم يتفق علىٰ غير ذلك.

هذه المادة تطابق المادة (309) من التقنين الحالي.

وتطابق في حكمها المادة (369) من التقنين العراقي التي تطابق الفقرة الثانية من المادة المقترحة.

وتطابق في حكمها المادة 372 من التقنين الكويتي التي تطابق الفقرة الثانية من المادة المقترحة.

مادة (300): إذا رجع المحال له بالضمان علىٰ المحيل طبقًا للمادتين السابقتين - فلا يلزم المحيل إلا برد ما أخذه من المحال له مع المصروفات، ولو وجد اتفاق يقضي بغير ذلك.

هذه المادة تقابل المادة (310) من التقنين الحالي، التي تنص علىٰ أنه «إذا رجع المحال له بالضمان علىٰ المحيل طبقًا للمادتين السابقتين - فلا يلزم المحيل إلا برد ما استولىٰ عليه مع الفوائد والمصروفات، ولو وجد اتفاق يقضي بغير ذلك».
وقد عدلت صياغة نص التقنين الحالي بما يجعل الحكم أوضح، كما حذف منه

لفظ «الفوائد» اتساقًا مع ما تقدم النص عليه من تحريم للربا.

ويلاحظ أن وضع حد أقصىٰ لمقدار ما يرجع به المحال له – هو من النظام العام، فلا يجوز الاتفاق علىٰ مخالفته، وقد قصد به قطع السبيل علىٰ المرابين الذين يستغلون حاجة الناس فيشترون حقوقهم بأبخس الأثمان، ثم يشترطون لأنفسهم حق الرجوع بها كاملة عليهم، إذا لم يستوفوها كاملة من المحال عليهم.

والمادة المقترحة تطابق الفقرة الأولىٰ من المادة (373) من التقنين الكويتي.

وتطابق المادة (370) من التقنين العراقي، فيما عدا أن هذه الأخيرة تذكر الفوائد ضمن ما يلزم المحيل برده، كما هو الحكم في نص التقنين الحالي.

مادة (301): يكون المحيل مسئولًا عن أفعاله الشخصية، ولو كانت الحوالة بغير عوض، وحتىٰ لو اشترط عدم الضمان.

هذه المادة تطابق المادة (311) من التقنين الحالي مع تعديل لفظي بسيط.

وتطابق في حكمها المادة (371) من التقنين العراقي التي تنص علىٰ أن «يضمن المحيل تعديه حتىٰ لو كانت الحوالة بغير عوض، وحتىٰ لو اشترط عدم الضمان».

وتطابق في حكمها المادة (374) من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي:

«1- يكون المحيل مسئولًا عن تعويض المحال له عما يلحقه من ضرر بسبب أفعاله الشخصية ولو كانت الحوالة بغير عوض.

2- ويقع باطلًا كل شرط يقضي بغير ذلك».

مادة (302): إذا تعددت الحوالة بحق واحد، فضلت الحوالة التي تصبح قبل غيرها نافذة في حق الغير.

هذه المادة تطابق المادة (313) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (373) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (375) من التقنين الكويتي.

مادة (303):

1- إذا وقع تحت يد المحال عليه حجز قبل أن تصبح الحوالة نافذة في حق الغير - كانت الحوالة بالنسبة إلىٰ الحاجز بمثابة حجز آخر.

2- وفي هذه الحالة إذا وقع حجز آخر بعد أن أصبحت الحوالة نافذة في حق الغير - فإن الدين يقسم بين الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر قسمة غرماء، علىٰ أن يؤخذ من حصة الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحال له قيمة الحوالة.

هذه المادة تطابق المادة (314) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (374) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (376) من التقنين الكويتي.



الفصل الثاني
حوالة الدين

مادة (304): تتم حوالة الدين باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين.

هذه المادة تطابق المادة (315) من التقنين الحالي.

وتقابل المادة (339/ 1) من التقنين العراقي التي تنص علىٰ أن «حوالة الدين هي نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل إلىٰ ذمة المحال عليه».

وتقابل المادة (993) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ أن: «الحوالة نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل إلىٰ ذمة المحال عليه».

وتقابل المادة (377/ 1) من التقنين الكويتي، التي تنص علىٰ أنه «يترتب علىٰ حوالة الدين نقل الدين من ذمة المدين الأصلي إلىٰ ذمة المحال عليه».

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (870) من مرشد الحيران علىٰ أنه «إذا قبل المحتال الحوالة ورضي المحتال عليه بها، برئ المحيل وكفيله إن كان له كفيل من الدين ومن المطالبة معًا، وثبت للمحتال حق مطالبة المحتال عليه، غير أن براءة المحيل وكفيله مقيدة بسلامة حق المحتال».

ونصت المادة (673) من المجلة علىٰ أن «الحوالة نقل الدين من ذمة إلىٰ ذمة أخرىٰ».

انظر: رد المحتار علىٰ الدر المختار (ج4/ ص288).

مادة (305):

1- تنعقد الحوالة التي تتم بين المدين الأصلي والمحال عليه موقوفة علىٰ قبول الدائن.

2- وإذا قام المدين الأصلي أو المحال عليه بإعلان الحوالة إلىٰ الدائن، وعين له أجلًا

معقولًا لقبول الحوالة ثم انقضىٰ الأجل دون أن يصدر القبول، اعتبر سكوت الدائن رفضًا للحوالة.

هذه المادة تقابل المادة (316) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- لا تكون الحوالة نافذة في حق الدائن إلا إذا أقرها.

2- وإذا قام المحال عليه أو المدين الأصلي بإعلان الحوالة إلىٰ الدائن، وعين له أجلًا معقولًا ليقر الحوالة ثم انقضىٰ الأجل دون أن يصدر الإقرار - اعتبر سكوت الدائن رفضًا للحوالة».

وقد أدخل على هذه المادة الواردة في التقنين الحالي التعديلان الآتيان:

أولًا: عدلت صياغة الفقرة الأولىٰ بحيث تصبح الحوالة موقوفة علىٰ قبول الدائن.

ثانيًا: استبدل في الفقرة الثانية لفظ: «القبول» بلفظ: «الإقرار».

والمادة المقترحة تطابق المادة (240) من التقنين العراقي مع اختلاف لفظي.

وتقابل المادة (378) من التقنين الكويتي التي تطابق نص التقنين الحالي.

والفقرة الأولىٰ منها تطابق المادة (996/ 2) من التقنين الأردني.

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (683) من المجلة علىٰ أن «الحوالة التي أجريت بين المحيل والمحال عليه تنعقد موقوفة علىٰ قبول المحال له، وهذا يطابق ما نصت عليه الفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة.

انظر: فتح القدير (ج6/ ص347)، الكاساني (ج6/ ص16)، وقارن: منصور بن إدريس، كشاف القناع (ج2/ ص187).

وانظر عرضًا لرأي الحنفية والحنابلة في هذا الموضوع في مذكرة المشروع التمهيدي للتقنين الحالي في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج3/ ص140و 141).

مادة (306):

1- إذا لم يحدد الدائن موقفه من الحوالة قبولًا أو رفضًا - كان المحال عليه ملزمًا قبل المدين الأصلي بالوفاء للدائن في الوقت المناسب، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك. ويسري هذا الحكم ولو رفض الدائن الحوالة.

2- علىٰ أنه لا يجوز للمدين الأصلي أن يطالب المحال عليه بالوفاء للدائن، ما دام هو لم يقم بما التزم به نحو المحال عليه بمقتضىٰ عقد الحوالة.

هذه المادة تطابق المادة (317) من التقنين الحالي، مع استبدال لفظ: «قبولًا» بلفظ: «إقرارًا» في الفقرة الأولىٰ، وإجراء تعديل لفظي في صياغة هذه الفقرة.

مادة (307): يضمن المدين الأصلي أن يكون المحال عليه موسرًا وقت قبول الدائن للحوالة، ما لم يتفق علىٰ غير ذلك».

هذه المادة تطابق المادة (319) من التقنين الحالي، مع استبدال لفظ: «قبول» بلفظ: «إقرار».

وتقابل المادة (369) من التقنين العراقي التي تنص علىٰ أنه: «إذا ضمن المحيل يسار المحال عليه، فلا ينصرف هذا الضمان إلا إلىٰ اليسار وقت الحوالة، ما لم يتفق علىٰ غير ذلك».

وتقابل المادة (1011) من التقنين الأردني، التي تنص علىٰ أنه: «إذا ضمن المحيل للمحال له يسار المحال عليه، فلا ينصرف هذا الضمان إلا إلىٰ يساره وقت الحوالة، ما لم يتفق علىٰ غير ذلك».

وفي الفقه الإسلامي يعتبر حكم النص المقترح تطبيقًا للقاعدة التي تنص عليها المادة (11) من المجلة، حيث تقول: «الأصل إضافة الحادث إلىٰ أقرب أوقاته».

مادة (308): يجوز كذلك أن تتم حوالة الدين باتفاق بين الدائن والمحال عليه، يتقرر فيه أن هذا يحل محل المدين الأصلي في التزامه.

هذه المادة تطابق الفقرة الأولىٰ من المادة (321) من التقنين الحالي، مع استبدال كلمة: «كذلك» بكلمة: «أيضًا».

أما الفقرة الثانية من هذه المادة الأخيرة، فتقول: «وتسري في هذه الحالة أحكام المادتين (318 و320)». وهي تشير بذلك إلىٰ أن الدين في هذه الصورة الثانية للحوالة ينتقل بضماناته وما يتصل به من دفوع، كما هو الشأن في الصورة الأولىٰ للحوالة. وقد

حذفت هذه الفقرة بعد نقل المادة المقترحة إلىٰ موضع متقدم يأتي قبل النص علىٰ الضمانات والدفوع، بحيث يتضح من سياق المواد أن انتقال الدين بضماناته ودفوعه يصدق علىٰ كل من صورتي الحوالة.

انظر: المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م (455) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج3/ ص157و 158).

والمادة المقترحة تقابل المادة (379) من التقنين الكويتي، التي تنص علىٰ أنه: «تصح الحوالة باتفاق بين الدائن والمحال عليه، ولكن إذا لم يقرها المدين الأصلي، فلا يكون للمحال عليه حق في الرجوع عليه، طبقًا لأحكام حوالة الدين».

وتقابل المادة (341) من التقنين العراقي، التي تنص علىٰ أنه: «يصح عقد الحوالة بين الدائن والمحال عليه، ويلزم المحال عليه بالأداء، ولكن ليس له الرجوع علىٰ المدين الأصلي إلا إذا أقر المدين الحوالة».

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (681) من المجلة علىٰ أنه: «يصح عقد الحوالة بين المحال له والمحال عليه وحدهما». ومؤدىٰ هذا أن الحوالة يصح أن تنعقد بمعزل عن المدين الأصلي؛ لأن تحمل الدين عنه يتمحص لمنفعته (ابن عابدين، رد المحتار (ج6/ ص322).

مادة (309):

1- تبقىٰ للدين المحال به ضماناته.

2- ومع ذلك لا يبقىٰ الكفيل - عينيًّا كان أو شخصيًّا - ملتزمًا قبل الدائن إلا إذا رضي بالحوالة.

هذه المادة تطابق المادة (318) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (1004) من التقنين الأردني.

وتطابق في حكمها ما تقضي به المادة (381) من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي:

«1- ينتقل الدين إلىٰ المحال عليه بصفاته وتوابعه وتأميناته.

2- ومع ذلك لا يبقىٰ الكفيل - عينيًّا كان أو شخصيًّا - ملتزمًا قبل المحال له، إلا إذا رضي بالحوالة».

وتطابق في حكمها المادة (348) من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي:

«1- تبقىٰ للدين المحال به ضماناته بالرغم من تغير شخص المدين، فإذا أحال الراهن المرتهن بالدين علىٰ آخر، أو أحال المشتري البائع بالثمن علىٰ آخر - فلا يسقط حق المرتهن في الرهن ولا حق البائع في حبس المبيع، أما إذا أحال المرتهن غريمًا له علىٰ الراهن، فإن حقه في الرهن يسقط، ولا يكون رهنًا للمحال له، وكذا إذا أحال البائع غريمًا له علىٰ المشتري بالثمن، يسقط حقه في حبس العين المبيعة.

2- علىٰ أن من كفل الدين المحال به كفالة شخصية أو عينية، لا يكفل المحال عليه إلا إذا رضي الكفيل بالحوالة».

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (870) من مرشد الحيران علىٰ أنه: «إذا قبل المحتال الحوالة ورضي المحتال عليه بها، برئ المحيل وكفيله - إن كان له كفيل - من الدين ومن المطالبة معًا، وثبت للمحتال حق مطالبة المحتال عليه غير أن براءة المحيل وكفيله مقيدة بسلامة حق المحتال».

ونصت المادة (690) من المجلة علىٰ أن: «حكم الحوالة هو أن يبرأ المحيل من الدين، وكفيله من الكفالة - إن كان له كفيل - ويثبت للمحال له حق مطالبة ذلك الدين من المحال عليه، وإذا أحال المرتهن أحدًا علىٰ الراهن، فلا يبقىٰ له حق حبس الرهن ولا صلاحية توقيفه».

يتضح من هذا أن الكفيل عند الحنفية يبرأ بمجرد قَبُول الدائن للحوالة.

ولكن الرأي عند محمد أن الدائن يستبقي حقه في حبس الرهن المقدم من المدين نفسه. (انظر: مذكرة المشروع التمهيدي للتقنين الحالي في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج3/ ص152و 153).

مادة (310): للمحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بما كان للمدين الأصلي من دفوع متعلقة بذات الدين، كما يجوز له أن يتمسك بالدفوع المستمدة من عقد

الحوالة.

هذه المادة تطابق في حكمها المادة (320) من التقنين الحالي، التي تنص علىٰ أن: «للمحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بالدفوع التي كان للمدين الأصلي أن يتمسك بها، كما يجوز له أن يتمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة».

وتطابق في حكمها المادة (349) من التقنين العراقي، التي تنص علىٰ أن: «للمحال عليه أن يتمسك قبل المحال له بما كان للمحيل من دفوع متعلقة بذات الدين، وليس له أن يتمسك بما كان من الدفوع خاصًّا بشخص المحيل، وإنما يجوز له أن يتمسك بما كان خاصًّا بشخصه هو». وهذا النص يطابق نص المشروع التمهيدي للتقنين الحالي في فقرته الأولىٰ م(453)، ويتفق في الحكم مع نص التقنين الحالي.

وتطابق في حكمها المادة (1005) من التقنين الأردني.

وتطابق المادة (382) من التقنين الكويتي.

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (875) من مرشد الحيران، علىٰ أن: «يتحول الدين علىٰ المحتال عليه بصفته التي علىٰ المحيل». وترتب المادة علىٰ ذلك بأن الدين يحتفظ في كنف المحال عليه بمشخصاته، كما لو كان حالًا أو مؤجلًا ومؤدىٰ هذه القاعدة من الناحية المنطقية جواز تمسك المدين الجديد بالدفوع قبل الدائن، (انظر: مذكرة المشروع للتقنين الحالي في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج3/ ص155)، وانظر كذلك: المادة (1003) من التقنين الأردني).

مادة (311):

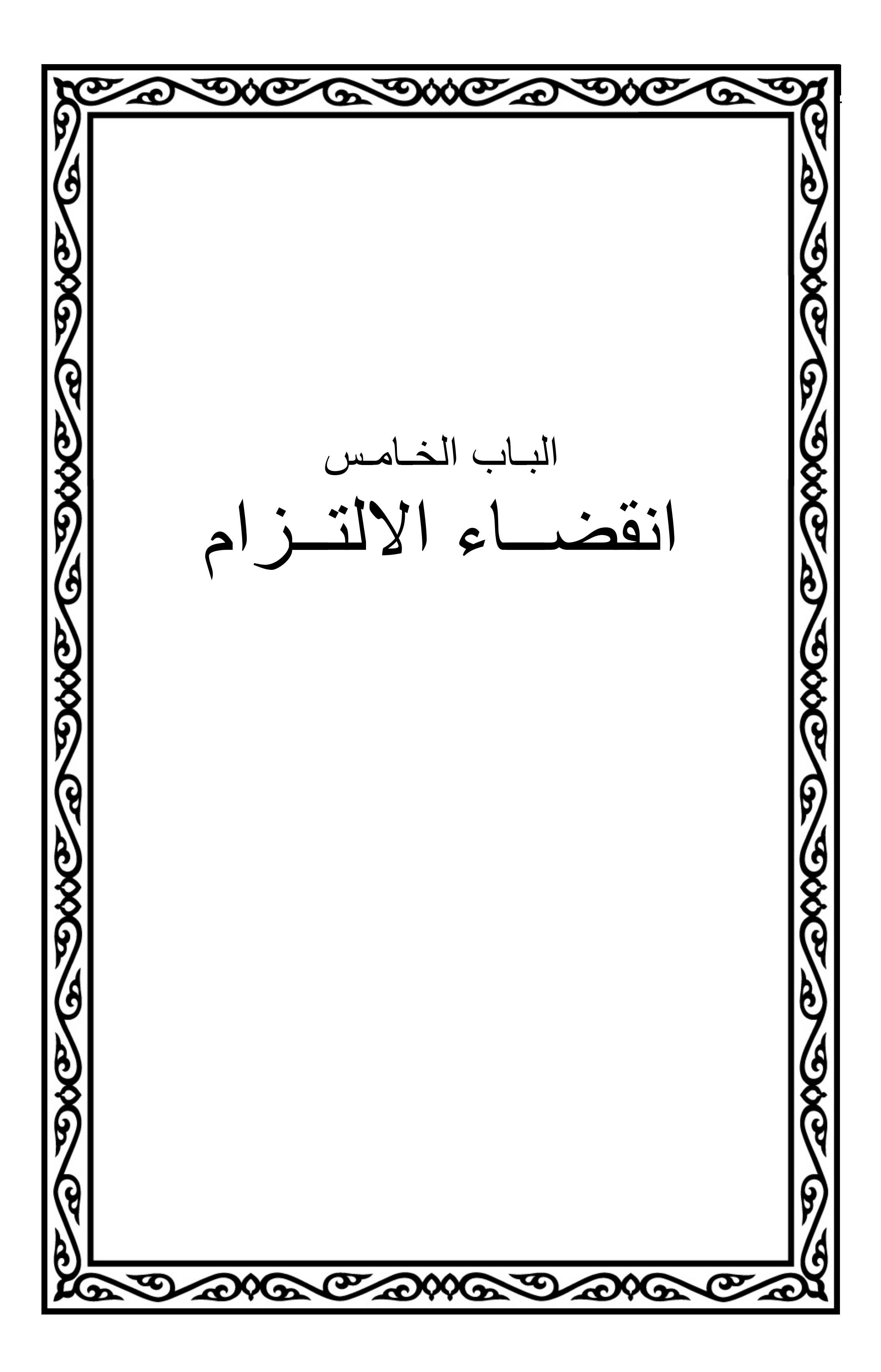
1- لا يستتبع بيع العقار المرهون رهنًا رسميًّا انتقال الدين المضمون بالرهن إلىٰ ذمة المشتري، إلا إذا كان هناك اتفاق علىٰ ذلك.

2- فإذا اتفق البائع والمشتري علىٰ حوالة الدين، وسجل عقد البيع - تعين علىٰ الدائن - متىٰ أعلن رسميًّا بالحوالة - أن يقرها أو يرفضها في ميعاد لا يجاوز ستة أشهر، فإذا انقضىٰ هذا الميعاد دون أن يبت برأي، اعتبر سكوته إقرارًا.

هذه المادة تطابق المادة (322) من التقنين الحالي.

انظر: المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م(456) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج3/ ص161– 164).





البـاب الخـامـس

انقضـــاء الالتــزام

الفصل الأول
الوفاء

الفرع الأول
طرفا الوفاء

مادة (312):

1- يصح الوفاء من المدين أو من نائبه أو من أي شخص آخر له مصلحة في الوفاء.

2- ويصح الوفاء أيضًا ممن ليست له مصلحة في الوفاء، ولو كان ذلك دون علم المدين أو رغم إرادته. علىٰ أنه يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من الغير إذا اعترض المدين علىٰ ذلك، وأبلغ الدائن هذا الاعتراض.

3- وفي جميع الأحوال فإنه يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين، إذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه.

هذه المادة تطابق في حكمها المادة (223) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- يصح الوفاء من المدين أو من نائبه أو من أي شخص آخر له مصلحة في الوفاء وذلك مع مراعاة ما جاء بالمادة (208).

2- ويصح الوفاء أيضًا مع التحفظ السابق ممن ليست له مصلحة في هذا الوفاء، ولو كان ذلك دون علم المدين أو رغم إرادته، علىٰ أنه يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من الغير إذا اعترض المدين علىٰ ذلك، وأبلغ الدائن هذا الاعتراض».

وقد رئي في المادة المقترحة إضافة فقرة ثالثة تتضمن التحفظ المشار إليه في نص التقنين الحالي.

والمادة المقترحة تطابق في حكمها المادة (375) من التقنين العراقي.

وتطابق في حكمها المادة (317) من التقنين الأردني.

وتطابق في حكمها المادة (391) من التقنين الكويتي.

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (196) من مرشد الحيران، علىٰ أنه: «يجوز وفاء الدين من المديون الأصيل ومن الكفيل إن كان له كفيل أو من شريكه إن كان الدين مشتركًا». ونصت المادة (197) علىٰ أنه: «يجوز وفاء الدين المطلوب من المدين من شخص غيره بأمره وبغير أمره».

مادة (313): 1- يشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفي مالكًا للشيء الذي وفىٰ به، وأن يكون أهلًا للتصرف فيه. 2- ومع ذلك فالوفاء بالشيء المستحق من ناقص الأهلية يكون صحيحًا إذا لم يلحق الوفاء ضررًا به.

هذه المادة تطابق في حكمها المادة (325) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- يشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفي مالكًا للشيء الذي وفىٰ به، وأن يكون ذا أهلية للتصرف فيه».

«2- يشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفي مالكًا للشيء الذي وفىٰ فيه لينقضي به الالتزام، إذا لم يلحق الوفاء ضررًا بالموفي».

وقد أدخلت علىٰ هذه المادة تعديلات في الصياغة واللفظ علىٰ النحو الوارد في النص المقترح.

والمادة المقترحة تطابق المادة (392) من التقنين الكويتي.

وتقابل المواد (376و 377و 378) من التقنين العراقي.

فالمادة (376) من هذا التقنين تنص علىٰ أنه: «يشترط لنفاذ وفاء الدين والبراءة منه أن يكون الدافع مالكًا لما دفعه، فإن استحق بالبينة وأخذه صاحبه أو هلك وأخذ بدله، فللدائن الرجوع بدينه علىٰ غريمه».

والمادة (377) تنص علىٰ أنه: «إذا كان المدين صغيرًا مميزًا أو كبيرًا معتوهًا أو

محجورًا عليه لسفه أو غفلة، ودفع الدين الذي عليه - صح دفعه ما لم يلحق الوفاء ضررًا بالموفي».

والمادة (378) تنص علىٰ أنه: «لا يصح للمدين أن يوفي دين أحد غرمائه في مرض موته إذا أدىٰ هذا الوفاء إلىٰ الإضرار ببقية الدائنين».

ويلاحظ أن المادة المقترحة تطابق في حكمها المادتين (376و 377) من هذا التقنين.

وتقابل المادتين (318و 319) من التقنين الأردني.

فالمادة (318) من هذا التقنين تنص علىٰ أنه: «يشترط للبراءة من الدين أن يكون الموفي مالكًا لما وفىٰ به، وإذا كان المدين صغيرًا مميزًا أو كبيرًا معتوهًا أو محجورًا عليه لسفه أو غفلة ودفع الدين الذي عليه - صح دفعه ما لم يلحق الوفاء ضررًا بالموفي».

والمادة (319) تنص علىٰ أنه: «لا ينفذ الوفاء لبعض الدائنين في حق الدائنين الآخرين، إذا كان المدين محجورًا للدين ووفىٰ من المال المحجور، أو مريضًا مرض الموت وكان الوفاء يضر ببقية الدائنين».

ويلاحظ أن المادة المقترحة تطابق في حكمها المادة (318) من هذا التقنين.

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (219) من مرشد الحيران علىٰ أنه: «إذا كان المديون صغيرًا مميزًا أو كبيرًا معتوهًا أو محجورًا عليه لسفه ودفع الدين الذي عليه - صح دفعه وبرئت ذمته».

ونصت المادة (221) علىٰ أنه: «يشترط لنفاذ وفاء الدين والبراءة منه أن يكون الدافع مالكًا لما دفعه، فإن استحق بالبينة وأخذه صاحبه أو هلك وأخذ بدله، فللدائن الرجوع بدينه علىٰ غريمه».

ويتضح من هذا أن المادة المقترحة تتفق في أحكامها مع أحكام الفقه الإسلامي.

مادة (314): إذا وفىٰ المدين دين بعض الدائنين وهو في مرض موته، وكان ماله لا يسع الوفاء بجميع ديونه، فأدىٰ الوفاء بالدين إلىٰ الإضرار ببقية الدائنين، فإن الوفاء لا ينفذ في حق هؤلاء الباقين.

هذه المادة مستحدثة.

وهي تقضي بأن الوفاء الذي يصدر من المدين المعسر في مرض موته لبعض دائنه - لا ينفذ في حق الباقين منهم؛ لما يؤدي إليه من الإضرار بهم، فيكون لهؤلاء أن يطلبوا استرداد ما دفعه المدين، ويقسم بين جميع الدائنين قسمة الغرماء.

وهي تعتبر تطبيقًا لما يقرره الفقه الإسلامي في تصرفات المريض مرض الموت.

وهي تطابق في حكمها المادة (378) من التقنين العراقي التي تنص علىٰ أنه: «لا يصح للمدين أن يوفي دين أحد غرمائه في مرض موته إذا أدىٰ هذا الوفاء إلىٰ الإضرار ببقية الدائنين».

وتطابق في حكمها ما جاء في المادة (319) من التقنين الأردني، التي تنص علىٰ أنه: «لا ينفذ الوفاء لبعض الدائنين في حق الدائنين الآخرين إذا كان المدين محجورًا للدين ووفىٰ من المال المحجور، أو مريضًا مرض الموت وكان الوفاء يضر ببقية الدائنين».

مادة (315):

1- إذا قام الغير بوفاء الدين، كان له حق الرجوع علىٰ المدين بقدر ما دفعه.

2- ومع ذلك يجوز للمدين الذي حصل الوفاء بغير إرادته - أن يمنع رجوع الموفي بما وفاه عنه، كلًّا أو بعضًا، إذا أثبت أن له مصلحة في الاعتراض علىٰ الوفاء.

هذه المادة تطابق المادة (334) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (395) من التقنين الأردني مع اختلاف لفظي بسيط في الفقرة الثانية.

انظر في الفقه الإسلامي: المادتين (198و 205) من مرشد الحيران.

مادة (316):

إذا قام بالوفاء شخص غير المدين، حل الموفي محل الدائن الذي استوفىٰ حقه في الأحوال الآتية:

(أ) إذا كان الموفي ملزمًا بالدين مع المدين أو ملزمًا بوفائه عنه.

(ب) إذا كان الموفي دائنًا ووفىٰ دائنًا آخر مقدمًا عليه بماله من تأمين عيني، ولو لم

يكن للموفي أي تأمين.

(ج) إذا كان الموفي قد اشترىٰ عقارًا ودفع ثمنه وفاءً لدائنين، خصص العقار لضمان حقوقهم.

(د) إذا كان هناك نص خاص يقرر للموفي حق الحلول.

وتطابق المادة (379) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (394) من التقنين الكويتي.

مادة (317): للدائن الذي استوفىٰ حقه من غير المدين أن يتفق مع هذا الغير علىٰ أن يحل محله، ولو لم يقبل المدين ذلك، ولا يصح أن يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء.

هذه المادة تطابق المادة (327) من التقنين الحالي.

وتطابق الفقرة الأولىٰ من المادة (380) من التقنين العراقي، فيما عدا أن هذه الأخيرة تشترط أن يكون الاتفاق بورقة رسمية، كما كان الأمر في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي.

وتطابق الفقرة الأولىٰ من المادة (395) من التقنين الكويتي.

مادة (318): يجوز أيضًا للمدين إذا اقترض مالًا وفىٰ به الدين – أن يحل المقرض محل الدائن الذي استوفىٰ حقه، ولو بغير رضاء هذا الدائن، علىٰ أن يذكر في عقد القرض أن المال قد خصص للوفاء، وفي المخالصة أن الوفاء كان من هذا المال الذي أقرضه الدائن الجديد.

هذه المادة تطابق المادة (328) من التقنين الحالي.

وتطابق الفقرة الثانية من المادة (380) من التقنين العراقي، فيما عدا أن هذه الأخيرة تشترط أن يكون الحلول بورقة رسمية، كما كان عليه الأمر في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي.

وتطابق الفقرة الثانية من المادة (395) من التقنين الكويتي.

مادة (319): من حل – قانونًا أو اتفاقًا – محل الدائن، كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص، وما يلحقه من توابع، وما يكفله من تأمينات، وما يرد عليه من دفوع.

ويكون هذا الحلول بالقدر الذي أداه من حل محل الدائن.

هذه المادة تطابق المادة (329) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (381) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (396) من التقنين الكويتي.

مادة (320):

1- إذا وفىٰ غير المدين الدائن جزءًا من حقه وحل محله فيه، فلا يضار الدائن بهذا الوفاء، ويكون في استيفاء ما بقي له من حق مقدمًا علىٰ من وفاه، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك.

2- وإذا حل شخص آخر محل الدائن فيما بقي له من حق - رجع من حل أخيرًا هو ومن تقدمه في الحلول، كل بقدر ما هو مستحق له وتقاسما قسمة الغرماء.

هذه المادة تطابق المادة (330) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (382) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (397) من التقنين الكويتي.

مادة (321): إذا وفىٰ حائز العقار المرهون كل الدين، وحل محل الدائنين، فلا يكون له بمقتضىٰ هذا الحلول أن يرجع علىٰ حائز لعقار آخر مرهون في ذات الدين إلا بقدر حصة هذا الحائز، بحسب قيمة ما حازه من عقار.

هذه المادة تطابق المادة (331) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (398) من التقنين الكويتي.

مادة (322): يكون الوفاء للدائن أو لنائبه، ويعتبر ذا صفة في استيفاء الدين من يقدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن ، إلا إذا كان متفقًا علىٰ أن الوفاء يكون للدائن شخصيًّا.

هذه المادة تطابق المادة (332) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (320) من التقنين الأردني.

وتطابق المادة (399) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (383) من التقنين العراقي التي تنص على ما يلي:

«1- يصح دفع الدين للدائن أو وكيله إن كان غير محجور، فإن كان محجورًا فلا يصح دفع الدين للدائن، بل يدفع لمن له حق قبضه من ولي أو وصي أو قيم.

2- فإذا دفع المدين الدين إلىٰ الدائن المحجور، فلا يعتبر دفعه ولا تبرأ ذمته من الدين، بل إذا هلك ما دفعه أو ضاع من المحجور، فللولي أو الموصي أو القيم مطالبة المدين بالدين». ويلاحظ أن هذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المصري. انظر كذلك: المادة (321) من التقنين الأردني.

وانظر في الفقه الإسلامي: المادتين (217) و(218) من مرشد الحيران.

مادة (323): إذا كان الوفاء لشخص غير الدائن أو نائبه، فلا تبرأ ذمة المدين إلا إذا أقر الدائن هذا الوفاء، أو عادت عليه منفعة منه، وبقدر هذه المنفعة، أو تم الوفاء بحسن نية لشخص كان هو الدائن الظاهر.

هذه المادة تطابق المادة (333) من التقنين الحالي، فيما عدا استبدال عبارة: «هو الدائن الظاهر» في نهاية النص بعبارة: «الدين في حيازته»؛ لأن الحيازة لا ترد علىٰ الحق الشخصي، وإنما يتعلق الأمر بمظهر يتوفر لشخص علىٰ غير الحقيقة، حيث يظهر أمام الناس علىٰ أنه الدائن ويحسبه الناس كذلك، كما هي الحال بالنسبة إلىٰ الوارث الظاهر.

فإذا تم الوفاء بحسن نية لهذا الدائن الظاهر، كان الموفي معذورًا في اعتقاده أنه يفي بالدين للدائن الحقيقي في ضوء الاعتقاد بين الناس، ومن ثم يكون هذا الوفاء مبرئًا لذمة المدين، ويبقىٰ من حق الدائن الحقيقي أن يرجع علىٰ الدائن الظاهر وفقًا للقواعد العامة.

وتطابق في حكمها المادة (384) من التقنين العراقي، التي نص علىٰ أنه: «إذا كان الوفاء لشخص غير الدائن أو نائبه، فلا تبرأ ذمة المدين إلا إذا أقر الدائن هذا الوفاء، أو تم بحسن نية لشخص كان الدين له ظاهرًا كالوارث الظاهر».

وتطابق المادة (400) من التقنين الكويتي، فيما عدا أن هذه الأخيرة تشير إلىٰ

الدائن الظاهر بعبارة: «لشخص ظاهر بمظهر الدائن».

مادة (324): إذا رفض الدائن دون مبرر قبول الوفاء المعروض عليه عرضًا صحيحًا، أو رفض القيام بالأعمال التي لا يتم الوفاء بدونها، أو أعلن أنه لن يقبل الوفاء - اعتبر أنه قد تم إعذاره من الوقت الذي يسجل المدين عليه هذا الرفض بإعلان رسمي.

هذه المادة تطابق المادة (334) من التقنين الحالي.

وتقابل المادة (385) من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي:

«1- إذا رفض الدائن دون مبرر قبول الوفاء المعروض عليه عرضًا صحيحًا، أو إذا رفض القيام بالأعمال التي لا يتم الوفاء بدونها، أو إذا أعلن أنه لن يقبل الوفاء فيجوز للمدين أن ينذر الدائن بوجوب استيفاء حقه في مدة مناسبة يحددها في الإنذار.

2- ولا يتم إعذار الدائن إلا إذا أودع المدين الشيء علىٰ ذمة الدائن بعد انقضاء هذه المدة وأنذره بهذا الإيداع».

وتقابل المادة (322) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ أنه: «إذا رفض الدائن دون مبرر قبول الوفاء المعروض عليه عرضًا صحيحًا حيث يجب قبوله، أو رفض القيام بالأعمال التي لا يتم الوفاء بدونها، أو أعلن أنه لن يقبل الوفاء - أعزر إليه المدين بإعلان، وحدد له مدة مناسبة يقوم فيها بما يجب عليه لاستيفاء حقه».

وتطابق في حكمها الفقرة الأولىٰ من المادة (401) من التقنين الكويتي، التي تنص علىٰ أنه: «إذا رفض الدائن بغير مبرر مقبول الوفاء المعروض عليه عرضًا صحيحًا، أو رفض القيام بالأعمال التي لا يتم الوفاء بدونها، أو أعلن أنه يرفض الوفاء - كان للمدين أن ينذره مسجلًا عليه هذا الرفض».

وفيما يتعلق بالفقه الإسلامي يراجع ما جاء عن المادة التالية.

مادة (325): إذا تم إعذار الدائن، تحمل تبعه هلاك الشيء أو تلفه، وأصبح للمدين الحق في إيداع الشيء علىٰ نفقة الدائن، والمطالبة بتعويض ما أصابه من ضرر.

هذه المادة تطابق المادة (335) من التقنين الحالي، بعد أن حذفت من هذه الأخيرة عبارة: «ووقف سريان الفوائد» تمشيًا مع تحريم الربا.

وتطابق في حكمها المادة (323) من التقنين الأردني، التي تنص علىٰ أنه: «يترتب علىٰ إعذار الدائن أن يصير الشيء محل الالتزام في ضمان الدائن إذا كان من قبل في ضمان المدين، وأن يصبح للمدين الحق في إيداعه علىٰ نفقة الدائن، وفي ضمان ما أصابه من ضرر».

وتطابق في حكمها الفقرة الثانية من المادة (401) من التقنين الكويتي، التي تنص علىٰ ما يأتي: «فإذا تم الإنذار تحمل الدائن تبعة هلاك الشيء أو تلفه، وأصبح للمدين الحق في إيداع الشيء علىٰ نفقة الدائن والمطالبة بالتعويض إن كان له مقتضٍ».

وتقابل الفقرة الثانية من المادة (386) من التقنين العراقي التي تنص علىٰ ما يأتي: «وفي هذه الحالة - أي: الإيداع - تكون نفقات الإيداع علىٰ الدائن، وهو الذي يتحمل تبعة هلاك الشيء من وقت الإيداع، ومن هذا الوقت أيضًا يقف سريان الفوائد».

ولم يرد في الفقه الإسلامي تنظيم مفصل علىٰ النحو المذكور في المادتين (324، 325) من المشروع في حالة رفض الدائن قبول الوفاء، وإنما ورد في مرشد الحيران نص عام هو نص المادة (209) التي تقضي بأنه: «إذا عرض المديون مبلغ الدين علىٰ غريمه فامتنع من قبضه - فله أن يرفع الأمر إلىٰ الحاكم ليأمره بقبضه».

مادة (326): إذا كان محل الوفاء شيئًا معينًا بالذات، وكان الواجب أن يسلم في المكان الذي يوجد فيه، جاز للمدين بعد أن ينذر الدائن بتسلمه أن يحصل علىٰ ترخيص من القضاء في إيداعه، فإذا كان هذا الشيء عقارًا أو شيئًا معدًّا للبقاء حيث وجد - جاز للمدين أن يطلب وضعه تحت الحراسة.

هذه المادة تطابق المادة (336) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (324) من التقنين الأردني.

وتقابل الفقرة الأولىٰ من المادة (387) من التقنين العراقي، التي تنص علىٰ أنه: «إذا كان محل الوفاء عقارًا أو شيئًا معدًّا للبقاء حيث وجد، وطلب المدين من المحكمة

وضعه تحت يد عدل - قام تسليم الشيء للعدل مقام الإيداع».

مادة (327):

1- يجوز للمدين - بعد استئذان القضاء - أن يبيع بالمزاد العلني الأشياء التي يسرع إليها التلف، أو التي تكلف نفقات باهظة في إيداعها أو حراستها، وأن يودع الثمن خزانة المحكمة.

2- فإذا كان الشيء له سعر معروف في الأسواق، أو كان التعامل فيه متداولًا في البورصات - فلا يجوز بيعه بالمزاد إلا إذا تعذر البيع ممارسة بالسعر المعروف.

هذه المادة تطابق المادة (337) من التقنين الحالي.

وتقابل الفقرة الثانية من المادة (187) من التقنين العراقي التي تنص علىٰ ما يأتي: «وإذا كان الشيء يسرع إليه التلف، أو يكلف نفقات باهظة في إيداعه - فإنه يجوز للمدين بعد استئذان المحكمة أو دون استئذان عند الضرورة أن يبيعه بسعره المعروف في الأسواق، فإن تعذر ذلك فبالمزاد العلني، ويقوم إيداع الثمن مقام إيداع الشيء نفسه».

وتقابل المادة (325) من التقنين الأردني التي تطابق الفقرة الثانية من المادة (387) من التقنين العراقي المذكورة.

ويتفق حكم التقنين العراقي والتقنين الأردني مع حكم النص المقترح، فيما عدا أن هذين التقنينين يبيحان عند الضرورة عدم استئذان القضاء في بيع الشيء.

مادة (328): يكون الإيداع أو ما يقوم مقامه من إجراء جائزًا كذلك، إذا كان المدين يجهل شخصية الدائن أو موطنه، أو كان الدائن عديم الأهلية أو ناقصها ولم يكن له نائب يقبل عنه الوفاء، أو كان الدين متنازعًا عليه بين عدة أشخاص، أو كانت هناك أسباب جدية أخرىٰ تبرر هذا الإجراء.

هذه المادة تطابق المادة (338) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (388) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (326) من التقنين الأردني.

وتطابق في حكمها المادة (403) من التقنين الكويتي.

مادة (329): يقوم العرض الحقيقي بالنسبة إلىٰ المدين مقام الوفاء، إذا تلاه إيداع يتم وفقًا لأحكام قانون المرافعات، أو تلاه أي إجراء مماثل، وذلك إذا قبله الدائن أو صدر حكم نهائي بصحته.

هذه المادة تطابق المادة (339) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (327) من التقنين الأردني.

وتطابق المادة (402) من التقنين الكويتي.

وتقابل الفقرة الأولىٰ من المادة (386) من التقنين العراقي، التي تنص علىٰ أن: «يقوم الإيداع مقام الوفاء إذا قبله الدائن، أو صدر حكم بصحته».

مادة (330):

1- إذا عرض المدين الدين، وأتبع العرض بإيداع أو بإجراء مماثل - جاز له أن يرجع في هذا العرض ما دام الدائن لم يقبله، أو ما دام لم يصدر حكم نهائي بصحته، وإذا رجع فلا تبرأ ذمة شركائه في الدين ولا ذمة الضامنين.

2- أما إذا رجع المدين في العرض بعد أن قبله الدائن، أو بعد أن حكم بصحته، وقبل الدائن منه هذا الرجوع - فإنه لا يكون لهذا الدائن أن يتمسك بعد ذلك بما يكفل حقه من تأمينات، وتبرأ ذمة الشركاء في الدين وذمة الضامنين.

هذه المادة تطابق المادة (340) من التقنين الحالي، مع تعديل لفظي بسيط في الفقرة الثانية.

وتطابق المادة (389) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (328) من التقنين الأردني.

وتطابق المادة (404) من التقنين الكويتي.



الفرع الثاني

محل الوفاء

مادة (331): يكون الوفاء بالشيء المستحق أصلًا، فلا يجبر الدائن علىٰ قبول شيء غيره، ولو كان هذا الشيء مساويًا له في القيمة، أو كانت له قيمة أعلىٰ.

هذه المادة تطابق المادة (341) من التقنين الحالي، مع تعديل لفظي.

وتطابق في حكمها المادة (405) من التقنين الكويتي.

وتطابق في حكمها المادة (329) من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي:

«1- إذا كان الدين مما يتعين بالتعيين، فليس للمدين أن يدفع غيره بدلًا عنه دون رضاء الدائن، حتىٰ لو كان هذا البدل مساويًا في القيمة للشيء المستحق، أو كانت له قيمة أعلىٰ.

2- أما إذا كان مما لا يتعين بالتعيين، وعين في العقد، فللمدين دفع مثله، وإن لم يرض الدائن».

وتطابق في حكمها المادة (390) من التقنين العراقي التي تطابق المادة (329) من التقنين الأردني المذكورة.

ويضيف التقنين العراقي في المادة (391) أن: «رب الدين إذا ظفر عرضًا بجنس حقه من مال مدينه وهو علىٰ صفته، فله الاحتفاظ به». وهذه المادة مأخوذة من الفقه الإسلامي، وهي لا تتعارض مع القواعد العامة.

انظر في الفقه الإسلامي: المادتين (208) و (222) من مرشد الحيران.

وكذلك رد المحتار علىٰ الدر، ج (3) ص (276 و277).

مادة (332):

1- لا يجوز للمدين أن يجبر الدائن علىٰ قبول وفاء جزئي لحقه، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك.

2- وإذا كان الدين متنازعًا في جزء منه، وقبل الدائن أن يستوفي الجزء المعترف به - فليس للمدين أن يرفض الوفاء بهذا الجزء.

هذه المادة تطابق المادة (342) من التقنين الحالي، مع تعديل لفظي بسيط.

وتطابق المادة (330) من التقنين الأردني.

وتطابق المادة (406) من التقنين الكويتي.

والفقرة الأولىٰ منها تطابق في حكمها المادة (392) من التقنين العراقي، التي تنص علىٰ أنه: «إذا كان الدين حالًّا، فليس للمدين أن يجبر دائنه علىٰ قبول بعضه دون البعض، ولو كان قابلًا للتبعيض».

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (215) من مرشد الحيران علىٰ الحكم الوارد في الفقرة الأولىٰ.

مادة (333): إذا كان المدين ملزمًا بأن يوفي مع الدين مصروفات وتعويضات عن التأخير في الوفاء، وكان ما أداه لا يفي بالدين مع هذه الملحقات - استنزل ما أدىٰ من حساب المصروفات، ثم من التعويضات، ثم من أصل الدين. ما لم يتفق علىٰ غير ذلك.

هذه المادة تطابق المادة (343) من التقنين الحالي، التي تنص علىٰ أنه: «إذا كان المدين ملزمًا بأن يوفي مع الدين مصروفات وفوائد، وكان ما أداه لا يفي بالدين مع هذه الملحقات - خصم ما أدىٰ من حساب المصروفات، ثم من الفوائد، ثم من أصل الدين، كل هذا ما لم يتفق علىٰ غيره».

وقد حذف من هذا النص لفظ: «الفوائد»، واستبدلت به عبارة: «تعويضات عن التأخير في الوفاء» تمشيًا مع تحريم الربا، واتساقًا مع ما تقضي به المادة (236) من المشروع، التي تنص علىٰ أنه: «إذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود، وتأخر المدين في الوفاء به - جاز للدائن أن يطالب بتعويض الضرر الذي لحقه بسبب التأخير». كما أدخلت بعض تعديلات لفظية.

والمادة المقترحة تطابق المادة (407) من التقنين الكويتي.

وتطابق في حكمها المادة (331) من التقنين الأردني، التي تنص علىٰ أنه: «إذا كان

المدين ملزمًا بأن يوفي مع الدين أية نفقات، وكان ما أداه لا يفي بالدين مع تلك النفقات – حسم ما أدىٰ من حساب النفقات، ثم من أصل الدين، هذا ما لم يتفق علىٰ غيره».

وتقابل الفقرة الثانية من المادة (393) من التقنين العراقي التي تطابق نص التقنين الحالي.

مادة (334): إذا تعددت الديون في ذمة المدين، وكانت لدائن واحد ومن جنس واحد، وكان ما أداه المدين لا يفي بهذه الديون جميعًا – جاز للمدين عند الوفاء أن يعين الدين الذي يريد الوفاء به، ما لم يوجد مانع قانوني أو اتفاقي يحول دون هذا التعيين.

هذه المادة تطابق المادة (344) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (332) من التقنين الأردني.

وتطابق المادة (408) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (393/ 1) من التقنين العراقي التي تنص علىٰ أنه: «إذا دفع المدين أحد دينين واجبين في ذمته، وكان أحدهما مطلقًا والآخر مشمولًا بكفالة أو برهن، أو كان أحدهما قرضًا والآخر ثمن مبيع، أو كان أحدهما مشتركًا والآخر خالصًا، أو كان الدينان متباينين بوجه من الوجوه، واختلف الطرفان في وجهة الدين – يعتبر قول المدين في تعيين جهة الدفع». وحكم هذا النص يتفق في مجموعه مع حكم التقنين الحالي.

انظر في الفقه الإسلامي: المادة (1775) من المجلة، والمادة (216) من مرشد الحيران.

مادة (335): إذا لم يعين الدين علىٰ الوجه المبين في المادة السابقة، كان الاستنزال من حساب الدين الذي حل، فإذا تعددت الديون الحالة فمن حساب أشدها كلفة علىٰ المدين، فإذا تساوت الديون في الكلفة فمن حساب الدين الذي يعينه الدائن.

هذه المادة تطابق المادة (345) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (333) من التقنين الأردني.

وتطابق المادة (409) من التقنين الكويتي.

انظر: في الفقه الإسلامي المادة (1775) من المجلة، والمادة (216) من مرشد الحيران.

مادة (336):

1- يجب أن يتم الوفاء فورًا بمجرد ترتب الالتزام نهائيًّا في ذمة المدين، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك.

2- علىٰ أنه يجوز للقاضي في حالات استثنائية، إذا لم يمنعه نص في القانون - أن ينظر المدين إلىٰ أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه، إذا استدعت حالته ذلك، ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم.

هذه المادة تطابق المادة (346) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (334) من التقنين الأردني.

وتطابق المادة (410) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادتين (394، 395) من التقنين العراقي.

فالمادة (394) من هذا التقنين تنص على ما يأتي:

«1- إذا أجل الدين أو قسط إلىٰ أقساط معلومة، فلا يجوز للدائن مطالبة المدين بالدين أو بالقسط قبل حلول أجله.

2- فإذا لم يكن الدين مؤجلًا أو حل أجله وجب دفعه فورًا، ومع ذلك يجوز للمحكمة عند الضرورة إذا لم يمنعها نص في القانون - أن تنظر المدين إلىٰ أجل مناسب، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا ضرر جسيم».

والمادة (395) من هذا التقنين تنص على ما يأتي:

1- إذا كان الدين مؤجلًا فللمدين أن يدفعه قبل حلول الأجل، إذا كان الأجل متمحضًا لمصلحته ويجبر الدائن علىٰ القبول.

2- فإذا قضىٰ المدين الدين قبل حلول الأجل ثم استحق المقبوض عاد الدين مؤجلًا كما كان».

وهذه المادة الأخيرة تطابقها المادة (335) من التقنين الأردني، وكذلك المادة (411) من التقنين الكويتي. وما ورد في هذه المواد الثلاثة من أحكام يتفق مع أحكام التقنين المصري.

انظر في الفقه الإسلامي: المواد (212)و (213) و(215) من مرشد الحيران.

مادة (337):

1- إذا كان محل الالتزام شيئًا معينًا بالذات وجب تسليمه في المكان الذي كان موجودًا فيه وقت نشوء الالتزام، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك.

2- أما في الالتزامات الأخرىٰ، فيكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء، أو في المكان الذي يوجد فيه مركز أعمال المدين، إذا كان الالتزام متعلقًا بهذه الأعمال.

هذه المادة تطابق المادة (347) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (336) من التقنين الأردني.

وتطابق في حكمها المادة (412) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (396) من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي:

«1- إذا كان الشيء الملتزم بتسليمه مما له حمل ومؤونة كالمكيلات والموزونات والعروض ونحوها، وكان العقد مطلقًا لم يعين فيه مكان التسليم - يسلم الشيء في المكان الذي كان موجودًا فيه وقت العقد.

2- وفي الالتزامات الأخرىٰ يكون الوفاء في موطن المدين وقت وجوب الوفاء، أو في المكان الذي يوجد فيه محل أعماله، إذا كان الالتزام متعلقًا بهذه الأعمال، ما لم يتفق علىٰ غير ذلك».

كما نصت المادة (397) من التقنين العراقي علىٰ أنه: «إذا أرسل المدين الدين مع رسوله إلىٰ الدائن، فهلك في يد الرسول قبل وصوله - هلك من مال المدين. وإن أمر الدائن المدين

بأن يدفع الدين إلىٰ رسول فدفعه إليه وهلك في يده، فهلاكه من مال الدائن ويبرأ المدين من الدين».

وأحكام هذه المادة تتفق مع القواعد العامة.

انظر: في الفقه الإسلامي المواد من (285) إلىٰ (287) من المجلة، والمادة (223) من مرشد الحيران.

مادة (338): تكون نفقات الوفاء علىٰ المدين، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك.

هذه المادة تطابق المادة (348) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (398) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (338) من التقنين الأردني.

وتطابق المادة (413) من التقنين الكويتي.

انظر الفقه الإسلامي: المواد من (288) إلىٰ (292) من المجلة.

مادة (339):

1- لمن قام بوفاء جزء من الدين أن يطلب مخالصة بما وفاه مع التأشير علىٰ سند الدين بحصول هذا الوفاء، فإذا وفىٰ الدين كله كان له أن يطلب رد سند الدين أو إلغاءه، فإن كان السند قد ضاع، كان له أن يطلب من الدائن أن يقر كتابة بضياع السند.

2- فإذا رفض الدائن القيام بما فرضته عليه الفقرة السابقة - جاز للمدين أن يودع الشيء المستحق إيداعًا قضائيًّا.

هذه المادة تطابق المادة (349) من التقنين الحالي.

وتقابل المادة (339) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ أنه: «لمن قام بوفاء الدين أو جزء منه أن يطلب مخالصة بما وفاه، فإذا رفض الدائن ذلك، جاز للمدين أن يودع الدين المستحق إيداعًا قضائيًّا».

الفصل الثاني
انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

الفرع الأول
الوفاء بمقابل

مادة (340): إذا قبل الدائن في استيفاء حقه مقابلًا استعاض به عن الشيء المستحق – قام هذا مقام الوفاء.

هذه المادة تطابق المادة (350) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (399) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (414) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (340) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ أنه: «يجوز للدائن أن يقبل – وفاءً لدينه – شيئًا آخر أو حقًّا يؤديه المدين، ويخضع الاتفاق علىٰ الاعتياض لشرائط العقد العامة». وهذا النص يدخل في نطاق الوفاء بمقابل التجديد بتغيير محل الدين؛ لأنه لا يجعل المقابل قاصرًا علىٰ نقل ملكية شيء، بل يجيز كذلك أن يكون هذا المقابل التزامًا.

مادة (341): يسري علىٰ الوفاء بمقابل، من حيث إنه ينقل ملكية شيء أعطي في مقابلة الدين – أحكام البيع، وبالأخص ما تعلق منها بأهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية. ويسري عليه من حيث إنه يقضي الدين أحكام الوفاء، وبالأخص ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات.

هذه المادة تطابق المادة (351) من التقنين الحالي، مع استبدال عبارة: «من حيث إنه ينقل ملكية شيء» بعبارة: «فيما إذا كان ينقل ملكية شيء»؛ لأن العبارة الأولىٰ أدق في الدلالة علىٰ المعنىٰ، إذ إن المقابل في هذه الوفاء يكون دائمًا نقل ملكية شيء. وقد وردت هذه العبارة في نص المشروع التمهيدي لهذا التقنين.

وتطابق المادة (400) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (415) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (341) من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي:

«1- تسري أحكام البيع علىٰ الوفاء الاعتياضي إذا كان مقابل الوفاء عينًا معينة عوضًا عن الدين.

2- وتسري عليه أحكام الوفاء في قضاء الدين».



الفرع الثاني

التجديد والإنابة

مادة (342):

يتجدد الالتزام:

أولًا: بتغيير الدين إذا اتفق الطرفان علىٰ أن يستبدلا بالالتزام الأصلي التزامًا جديدًا يختلف عنه في محله أو في مصدره.

ثانيًا: بتغيير المدين إذا اتفق الدائن مع أجنبي، علىٰ أن يكون هذا الأجنبي مدينًا مكان المدين الأصلي، وعلىٰ أن تبرأ ذمة المدين الأصلي دون حاجة لرضائه، أو إذا حصل المدين علىٰ رضاء الدائن بشخص أجنبي قبل أن يكون هو المدين الجديد.

ثالثًا: بتغيير الدائن إذا اتفق الدائن والمدين وأجنبي، علىٰ أن يكون هذا الأجنبي هو الدائن الجديد.

هذه المادة تطابق المادة (352) من التقنين الحالي.

وتطابق المادتين (401) و (402) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (416) من التقنين الكويتي.

وفي الفقه الإسلامي تنص المادة (250) من مرشد الحيران علىٰ أنه: «يجوز فسخ عقد المداينة الأولىٰ وتجديدها في عقد آخر بتراضي المتداينين».

مادة (343):

1- لا يتم التجديد إلا إذا كان الالتزامان القديم والجديد قد خلا كل منهما من أسباب البطلان.

2- أما إذا كان الالتزام القديم ناشئًا عن عقد موقوف، فلا يكون التجديد صحيحًا، إلا إذا قصد بالالتزام الجديد إجازة العقد، وأن يحل محله.

هذه المادة تطابق المادة (353) من التقنين الحالي، مع استبدال عبارة: «عقد موقوف»، بعبارة: «عقد قابل للإبطال» جريًا علىٰ خطة المشروع، حيث أخذ بفكرة العقد الموقوف بدلًا من فكرة العقد القابل للإبطال.

والفقرة الأولىٰ منها تتفق مع المادة (417) من التقنين الكويتي.

مادة (344):

1- التجديد لا يفترض، بل يجب أن يتفق عليه صراحة، أو أن يستخلص بوضوح من الظروف.

2- وبوجه خاص لا يستفاد التجديد من كتابة سند بدين موجود قبل ذلك، ولا مما يحدث في الالتزام من تغيير لا يتناول الأزمان الوفاء أو مكانه أو كيفيته، ولا مما يدخل علىٰ الالتزام من تعديل لا يتناول إلا التأمينات، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغيره.

هذه المادة تطابق المادة (354) من التقنين الحالي، مع حذف عبارة: «أو سعر الفائدة» التي وردت بعد كلمة: «التأمينات»، تمشيًا مع تحريم الربا.

والفقرة الأولىٰ منها تطابق في حكمها المادة (418) من التقنين الكويتي.

مادة (345): لا يكون جديدًا مجرد تقييد الالتزام في حساب جارٍ، وإنما يتجدد الالتزام إذا قطع رصيد الحساب وتم إقراره، علىٰ أنه إذا كان الالتزام مكفولًا بتأمين خاص، فإن هذا التأمين يبقىٰ، ما لم يتفق علىٰ غير ذلك.

هذه المادة تطابق المادة (355) من التقنين الحالي.

مادة (346):

1- يترتب علىٰ التجديد أن ينقضي الالتزام الأصلي بتوابعه، وأن ينشأ مكانه التزام جديد.

2- ولا تنتقل إلىٰ الالتزام الجديد التأمينات التي كانت تكفل تنفيذ الالتزام الأصلي إلا بنص في القانون، أو إذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلىٰ ذلك.

هذه المادة تطابق المادة (356) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (419) من التقنين الكويتي.

وتطابق في حكمها المادتين (403) و (404) من التقنين العراقي.

مادة (347):

1- إذا كان هناك تأمينات عينية قدمها المدين لكفالة الالتزام الأصلي - فإن الاتفاق علىٰ نقل هذه التأمينات إلىٰ الالتزام الجديد تراعىٰ فيه الأحكام الآتية:

(أ) إذا كان التجديد بتغيير الدين، جاز للدائن والمدين أن يتفقا علىٰ انتقال التأمينات للالتزام الجديد في الحدود التي لا تلحق ضررًا بالغير.

(ب) إذا كان التجديد بتغيير المدين، جاز للدائن والمدين الجديد أن يتفقا علىٰ استبقاء التأمينات دون حاجة إلىٰ رضاء المدين القديم.

(ج) إذا كان التجديد بتغيير الدائن، جاز للمتعاقدين ثلاثتهم أن يتفقوا علىٰ استبقاء التأمينات.

2- ولا يكون الاتفاق علىٰ نقل التأمينات نافذًا في حق الغير إلا إذا تم مع التجديد في وقت واحد، وهذا مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالتسجيل أو القيد.

هذه المادة تطابق المادة (357) من التقنين الحالي، مع إضافة عبارة: «أو القيد» في نهايتها، لكي يكون الشهر وفقًا لقانون تنظيم الشهر العقاري، أو قانون السجل العيني

بحسب الأحوال.

وتطابق في حكمها المادة (420) من التقنين الكويتي.

مادة (348): لا ينتقل إلىٰ الالتزام الجديد الكفالة، عينية كانت أو شخصية، ولا التضامن، إلا إذا رضي بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون.

هذه المادة تطابق المادة (358) من التقنين الحالي.

وتطابق في حكمها المادة (421) من التقنين الكويتي.

مادة (349):

1- تتم الإنابة إذا حصل المدين علىٰ رضاء الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين.

2- ولا تقتضي الإنابة أن تكون هناك مديونية سابقة ما بين المدين والأجنبي.

هذه المادة تطابق المادة (359) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (405) من التقنين العراقي.

وتطابق في حكمها المادة (422) من التقنين الكويتي.

والإنابة تفترض أشخاصًا ثلاثة: (1) **المنيب:** وهو المدين الذي ينيب الشخص الأجنبي ليفي الدين إلىٰ الدائن. (2) **المناب:** وهو هذا الشخص الأجنبي الذي ينيبه المدين ليفي إلىٰ الدائن. (3) **المناب لديه:** وهو الدائن الذي ينيب المدين الشخص الأجنبي لديه ليفي له الدين.

والإنابة إما كاملة أو قاصرة:

فإذا تضمنت الإنابة تجديدًا بتغيير المدين كانت كاملة، وفيها تبرأ ذمة المنيب نحو المناب لديه عن طريق التجديد. ويتحقق ذلك إذا كان المنيب مدينًا للمناب لديه، ولم يكن المناب مدينًا للمنيب أو كان مدينًا له، واتفق الثلاثة علىٰ تجديد دين المنيب للمناب لديه عن طريق تغيير المدين، بأن يقبل المناب أن يكون مدينًا للمناب لديه مكان المنيب.

وقد تنطوي الإنابة الكاملة فوق ذلك علىٰ تجديد آخر بتغيير الدائن، إذا كان المناب مدينًا للمنيب وجدد هو الآخر دينه، فجعل دائنه هو المناب لديه بدلًا من المنيب.

وهذه الإنابة الكاملة التي تتضمن تجديدًا بتغيير المدين وتجديدًا بتغيير الدائن - هي التي ترد إليها الحوالة في الفقه الإسلامي في مذاهب المالكية والشافعية والحنابلة، (انظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط (ج3/ فقرة 240).

وإذا لم تتضمن الإنابة تجديدًا بتغيير المدين، كانت إنابة قاصرة، وفيها لا تبرأ ذمة المنيب نحو المناب لديه، فيبقىٰ المنيب مدينًا للمناب لديه إلىٰ جانب المناب، ويصير للمناب لديه مدينان بدلًا من مدين واحد، وهذه الإنابة هي التي يغلب وقوعها في العمل.

مادة (350):

1- إذا اتفق المتعاقدون في الإنابة علىٰ أن يستبدلوا بالتزام سابق التزامًا جديدًا، كانت هذه الإنابة تجديدًا للالتزام بتغيير المدين، ويترتب عليها أن تبرأ ذمة المناب قبل المناب لديه، علىٰ أن يكون الالتزام الجديد الذي ارتضاه المناب صحيحًا، وإلا يكون المناب معسرًا وقت الإنابة.

2- ولا يفترض التجديد في الإنابة، فإذا لم يكن هناك اتفاق علىٰ التجديد قام الالتزام الجديد إلىٰ جانب الالتزام الأول.

هذه المادة تطابق المادة (360) من التقنين الحالي، مع تعديل لفظي في الفقرة الثانية.

وتطابق المادة (406) من التقنين العراقي، فيما عدا أن هذا التقنين لا يشترط ألا يكون المناب معسرًا وقت الإنابة.

وتتفق مع المادة (423) من التقنين الكويتي، فيما عدا أن هذا التقنين لا يشترط ألا يكون المناب معسرًا وقت الإنابة.

مادة (351): يكون التزام المناب قبل المناب لديه صحيحًا، ولو كان التزامه قبل

المنيب باطلًا، أو كان هذا الالتزام خاضعًا لدفع من الدفوع، ولا يبقىٰ للمناب إلا حق الرجوع علىٰ المنيب، وكل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بغيره.

هذه المادة تطابق المادة (361) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (407) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (424) من التقنين الكويتي.



الفرع الثالث

المقاصة

مادة (352):

1- للمدين حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له قبل هذا الدائن ولو اختلف سبب الدينين، إذا كان موضوع كل منهما نقودًا أو مثليات متحدة في النوع والجودة، وكان كل منهما خاليًا من النزاع، مستحق الأداء، صالحًا للمطالبة به قضاء.

2- ولا يمنع المقاصة أن يتأجل ميعاد الوفاء لمهلة منحها القاضي، أو تبرع بها الدائن.

هذه المادة تطابق المادة (362) من التقنين الحالي، مع استبدال كلمة: «يتأجل» في الفقرة الثانية بكلمة: «يتأخر»، مراعاة للدقة في التعبير.

وتطابق المادة (425) من التقنين الكويتي.

وتطابق في حكمها المادتين (408)، (409) من التقنين العراقي.

فالمادة (408) من هذا التقنين تنص علىٰ أن: «المقاصة هي إسقاط دين مطلوب لشخص من غريمه في مقابلة دين مطلوب من ذلك الشخص لغريمه».

والمادة (409) من هذا التقنين تنص على ما يأتي:

1- المقاصة إما جبرية تحصل بقوة القانون، أو اختيارية تحصل بتراضي

المتداينين.

2- ويشترط لحصول المقاصة الجبرية اتحاد الدينين جنسًا ووصفًا وحلولًا وقوة وضعفًا، ولا يشترط ذلك في المقاصة الاختيارية، فإن كان الدينان من جنسين مختلفين، أو متفاوتين في الوصف، أو مؤجلين أحدهما حالًا والآخر مؤجلًا، أو أحدهما قويًا والآخر ضعيفًا - فلا يلتقيان قصاصًا إلا بتراضي المتداينين سواء اتحد سببهما أو اختلف.

وتطابق في حكمها المواد (343 و344 و345) من التقنين الأردني. فالمادة (343) من هذا التقنين تنص علىٰ أن: «المقاصة إيفاء دين مطلوب لدائن بدين مطلوب منه لمدينه».

والمادة (344) من هذا التقنين تنص علىٰ أن: «المقاصة إما جبرية وتقع بقوة القانون، أو اختيارية تتم باتفاق الطرفين، أو قضائية وتتم بحكم المحكمة».

والمادة (345) من هذا التقنين تنص علىٰ أنه: «يشترط في المقاصة الجبرية أن يكون كلا الطرفين دائنًا ومدينًا للآخر، وأن يتماثل الدينان جنسًا ووصفًا واستحقاقًا وقوة وضعفًا، وألا يضر إجراؤها بحقوق الغير».

وفي الفقه الإسلامي تجري المادة (224) من مرشد الحيران بما يطابق المادة (408) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (225) من مرشد الحيران في حكمها المادة (409/ 1) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (226) من مرشد الحيران المادة (409/ 2) من التقنين العراقي.

ويتضح من هذا أن نصوص المشروع والتقنين الكويتي والتقنين العراقي والتقنين الأردني متفقه في أحكامها.

والمقاصة إما قانونية تقع بحكم القانون، أو اختيارية تتم بإرادة أحد الطرفين أو باتفاقهما معًا، أو قضائية تتم بحكم القاضي. وأهم هذه الأنواع الثلاثة هي المقاصة القانونية. وهي التي عني المشروع ببسط أحكامها تحت عُنوان: «المقاصة»، أما المقاصة

الاختيارية والمقاصة القضائية فتسري في شأنهما القواعد العامة. وهذا هو النهج الذي سار عليه التقنين الحالي.

مادة (353): يجوز للمدين أن يتمسك بالمقاصة ولو اختلف مكان الوفاء في الدينين، ولكن يجب عليه في هذه الحالة أن يعوض الدائن عما لحقه من ضرر لعدم تمكنه بسبب المقاصة من استيفاء ماله من حق، أو الوفاء بما عليه من دين في المكان الذي عين لذلك.

هذه المادة تطابق المادة (363) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (426) من التقنين الكويتي.

مادة (354):

تقع المقاصة في الديون أيًّا كان مصدرها، وذلك فيما عدا الأحوال الآتية:

(أ) إذا كان أحد الدينين رد شيء نزع دون حق من يد مالكه.

(ب) إذا كان أحد الدينين رد شيء مودع أو معار.

(ج) إذا كان أحد الدينين غير قابل للحجز.

هذه المادة تطابق في حكمها المادة (364) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي:

«تقع المقاصة في الديون أيًّا كان مصدرها، وذلك فيما عدا الأحوال الآتية:

(أ) إذا كان أحد الدينين شيئًا نزع دون حق من مالكه وكان مطلوبًا رده.

(ب) إذا كان أحد الدينين شيئًا مودعًا أو معارًا عارية استعمال وكان مطلوبًا رده.

(ج) إذا كان أحد الدينين حقًّا غير قابل للحجز».

وقد أدخلت علىٰ هذه المادة تعديلات لفظية علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة توخيًا للدقة.

والمادة المقترحة تقابل المادة (427) من التقنين الكويتي.

وتقابل المواد (410) و (411) و (412) من التقنين العراقي.

فالمادة (410) من هذا التقنين تنص علىٰ أنه: «إذا كان للوديع دين علىٰ صاحب

الوديعة والدين والوديعة من جنس واحد، أو كان للغاصب دين علىٰ صاحب العين المغصوبة من جنسها - فلا تصير الوديعة أو العين المغصوبة قصاصًا بالدين إلا إذا تقاص الطرفان بالتراضي».

والمادة (411) من هذا التقنين تنص علىٰ أنه: «إذا أتلف الدائن عينًا من مال المدين، وكانت من جنس الدين، سقطت قصاصًا، وإن كانت خلافه، فلا تقع المقاصة دون تراضيهما».

والمادة (412) من هذا التقنين تنص علىٰ أنه: «إذا كان للكفيل المحروم من حق التجريد دين علىٰ الدائن المكفول له من جنس الدين المكفول به - فالدينان يلتقيان قصاصًا من غير رضاهما. وإن كان من غير جنس الدين المكفول به، فلا يلتقيان قصاصًا إلا بتراضي الدائن المكفول له، مع الكفيل لا مع المدين». وحكم هذه المادة يخالف التقنين الحالي والمشروع في المقاصة القانونية التي تقع بين دين الكفيل والدين المكفول به؛ لأن هذين الدينين غير متقابلين، فأحدهما في ذمة المدين للدائن، والآخر في ذمة الدائن للكفيل لا للمدين، ولكن يجوز للكفيل إذا طالبه الدائن أن يتمسك بالمقاصة في دين له علىٰ الدائن، إذ هو يفي بالدين المكفول عن طريق المقاصة، ولكن المقاصة هنا اختيارية لا قانونية، فلا ينقضي الدينان إلا من وقت التمسك بالمقاصة.

وتقابل المادتين (348) و (349) من التقنين الأردني.

فالمادة (348) من هذا التقنين تطابق المادة (410) من التقنين العراقي، والمادة (349) من هذا التقنين تطابق المادة (411) من التقنين العراقي.

وفي الفقه الإسلامي، فإن المادتين (228 و229) من مرشد الحيران تتفقان في أحكامهما مع الفقرتين (أ) و (ب) من المادة المقترحة، ومع المادة (410) من التقنين العراقي، ومع المادة (348) من التقنين الأردني، ومع الفقرتين (أ) و (ب) من المادة (427) من التقنين الكويتي.

وكذلك فإن المادة (230) من مرشد الحيران تطابق المادة (411) من التقنين العراقي، والمادة (349) من التقنين الأردني، والتعويض عن التلف في حكم هذه المواد يجري عليه حكم القواعد العامة.

مادة (355):

1- لا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها، ولا يجوز النزول عنها قبل ثبوت الحق فيها.

2- ويترتب علىٰ المقاصة انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما، منذ الوقت الذي يصبحان فيه صالحين للمقاصة، ويكون تعيين جهة الدفع في المقاصة كتعيينها في الوفاء.

هذه المادة تطابق المادة (365) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (428) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (413) من التقنين العراقي التي تنص علىٰ أن: «تقع المقاصة بقدر الأقل من الدينين، ولا تقع إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها».

وتقابل المادة (350) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ أن: «تتم المقاصة بناءً علىٰ طلب صاحب المصلحة فيها، وتقع بقدر الأقل من الدينين».

وفي الفقه الإسلامي، نصت المادة (277) من مرشد الحيران علىٰ أنه: «إنما تقع المقاصة بقدر الأقل من الدينين، فإن كان لأحدهما مائة ريال دينًا علىٰ الآخر والمديون مائة جنيه عليه وتقاصا يسقط من قيمة الجنيهات قصاصًا بقدر الريالات، ويبقىٰ لصاحب الجنيهات ما بقي منها».

مادة (356): إذا كان الدين قد مضت عليه مدة عدم سماع الدعوىٰ لمرور الزمان وقت التمسك بالمقاصة، فلا يمنع ذلك من وقوع المقاصة به رغم التمسك بعدم سماع الدعوىٰ، ما دامت هذه المدة لم تكن قد تمت في الوقت الذي أصبحت فيه المقاصة ممكنة.

هذه المادة تطابق المادة (366) من التقنين الحالي، مع استبدال عبارة: «عدم سماع الدعوىٰ لمرور الزمان»، بلفظ: «التقادم» وفقًا لما جرىٰ عليه الفقه الإسلامي.

وتطابق المادة (414) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (251) من التقنين الأردني.

وتطابق المادة (429) من التقنين الكويتي.

ويتفق حكمها مع القواعد العامة في الفقه الإسلامي، حيث إن الأصل في الديون ألا تسقط بمضي الزمن. ومؤدىٰ هذا الأصل هنا وجود دين مستوفٍ لشروط المقاصة علىٰ المدين.

مادة (357):

1- لا يجوز أن تقع المقاصة إضرارًا بحقوق كسبها الغير.

2- فإذا أوقع الغير حجزًا تحت يد المدين، ثم أصبح المدين دائنًا لدائنه، فلا يجوز أن يتمسك بالمقاصة إضرارًا بالحاجز.

هذه المادة تطابق المادة (367) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (415) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (430) من التقنين الكويتي.

وقد نصت المادة (345) من التقنين الأردني علىٰ أن من شروط المقاصة: «ألا يضر إجراؤها بحقوق الغير».

مادة (358):

1- إذا حول الدائن حقه للغير وقبل المدين الحوالة دون تحفظ - فلا يجوز لهذا المدين أن يتمسك قبل المحال له بالمقاصة التي كان له أن يتمسك بها قبل قبوله للحوالة، ولا يكون له إلا الرجوع بحقه علىٰ المحيل.

2- أما إذا كان المدين لم يقبل الحوالة ولكن أعلن بها، فلا تمنعه هذه الحوالة من أن يتمسك بالمقاصة.

هذه المادة تطابق المادة (368) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (417) من التقنين العراقي، فيما عدا أن هذه الأخيرة تضيف في نهاية الفقرة الثانية عبارة: «إلا إذا كان الحق الذي يريد المقاصة به ثبت في ذمة المحيل بعد إعلان الحوالة». وهي العبارة التي كان يتضمنها نص المشروع التمهيدي للتقنين الحالي،

ولكن حذفتها لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ؛ لأن في القواعد العامة ما يغني عنها، حيث إنه بعد إعلان الحوالة ينتقل الدين، فلا يكون هناك محل للمقاصة (مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين الحالي (ج3/ ص287).

وتطابق المادة (435) من التقنين الكويتي، فيما عدا أن هذه الأخيرة تضيف في نهاية الفقرة الثانية عبارة: «إلا إذا كان الحق الذي يريد المقاصة به ثبت في ذمة المحيل بعد إعلان الحوالة». وهي العبارة ذكر الآن في خصوص النص العراقي أن هذه العبارة تغني عنها القواعد العامة.

وما جاء في المادة المقترحة يعتبر تطبيقًا آخر للقاعدة الواردة في الفقرة الأولىٰ من المادة السابقة، وهي التي تقضي بأنه لا يجوز أن تقع المقاصة إضرارًا بحقوق كسبها الغير.

والفقرة الأولىٰ من هذه المادة وكذلك المادة السابقة، تعتبران تطبيقًا للقاعدة الشرعية التي تقضي بأن يؤخذ في الاعتبار تعلق حق الغير بالدين.

مادة (359): إذا وفىٰ المدين دينًا وكان له أن يطلب المقاصة فيه بحق له - فلا يجوز له أن يتمسك إضرارًا بالغير بالتأمينات التي تكفل حقه، إلا إذا كان يجهل وجود هذا الحق.

هذه المادة تطابق المادة (369) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (416) من التقنين العراقي، فيما عدا أن هذه الأخيرة تضيف في نهايتها عبارة: «وكان له في ذلك عذر مقبول»، وهي العبارة التي كان يتضمنها نص المشروع التمهيدي للتقنين الحالي، ولكن حذفتها لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ؛ لأنه ما دام المدين يجهل وجود الحق الذي يتمسك بالمقاصة به، فإن هذا الجهل في حد ذاته عذر مقبول. وبذلك اكتفي بثبوت الجهل وترك أمر إثباته إلىٰ القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين الحالي) (ج3/ ص 290).

وتطابق المادة (352) من التقنين الأردني، فيما عدا أن هذه الأخيرة تضيف في نهايتها عبارة: «وكان له في ذلك عذر مقبول».

وتطابق المادة (432) من التقنين الكويتي.

الفرع الرابع
اتحاد الذمة

مادة (360): إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلىٰ دين واحد - انقضىٰ هذا الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة.

هذه المادة تطابق الفقرة الأولىٰ من المادة (370) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (418) من التقنين العراقي.

وتطابق الفقرة الأولىٰ من المادة (353) من التقنين الأردني.

وتطابق المادة (433) من التقنين الكويتي.

ويلاحظ أن اتحاد الذمة يتحقق في الغالب عن طريق الميراث، فإذا ورث المدين الدائن، كانت التركة هي الدائنة للمدين. فيرث المدين الدين الذي للتركة، فتتحد الذمة في الدين، لأن الحقوق التي للتركة تنتقل إلىٰ الورثة.

وإذا ورث الدائن المدين، كانت التركة هي المدينة للدائن، والدائن هو الوارث، فتتحد الذمة أيضًا في الدين؛ لأن ديون التركة تنتقل إلىٰ الوارث بقدر ما آل إليه من أموال التركة، وقد ذهب رأي إلىٰ أن مبدأ: «لا تركة إلا بعد سداد الديون» يحول دون أن تتحد الذمة في الدين في هذه الحالة، وذلك بحجة أن الدائن لا يرث الدين الذي علىٰ التركة، إذ الديون لا تورث طبقًا لهذا المبدأ، ومن ثم لا بد من سداد الدين أولًا، فيستوفىٰ الدائن هذا الدين من التركة، ثم يرث ما بقي منها بعد سداد الديون، وبذلك ينقضي الدين بطريق الوفاء لا بطريق المقاصة، (انظر: المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين الحالي في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج3/ ص291). غير أنه يلاحظ علىٰ هذا الرأي أن أموال التركة تنتقل إلىٰ الوارث بعد الموت بما فيها من حقوق وما عليها من ديون، وإنما يكون إلزام الوارث بديون التركة في حدود ما آل إليه من أموالها. ومن ثم فإن اتحاد الذمة يتحقق بقدر الأقل من الدين الذي للوارث والأموال التي آلت إليه بالميراث. والذي يعنيه مبدأ: «لا تركة إلا بعد سداد الديون» أن أموال التركة لا تخلص للوارث خلوصًا تامًّا إلا بعد

سداد الديون» فهذا هو المعنىٰ الصحيح للآية الكريمة التي تقول: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ﴾ [النساء:11].

انظر في الفقه الإسلامي: محمد أبو زهرة، أحكام التركات ص (17) وما بعدها.

مادة (361): إذا زال السبب الذي أدىٰ إلىٰ اتحاد الذمة، وكان لزواله أثر رجعي – عاد الدين إلىٰ الوجود هو وملحقاته بالنسبة إلىٰ ذوي الشأن جميعًا، ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن.

هذه المادة تطابق الفقرة الثانية من المادة (370) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (419) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (434) من التقنين الكويتي.

وتطابق في حكمها المادة (354) من التقنين الأردني.



الفصل الثالث
انقضاء الالتزام دون الوفاء به وعدم سماع الدعوى به

الفرع الأول
الإبراء

مادة (362): ينقضي الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختارًا، ويتم الإبراء متىٰ وصل إلىٰ علم المدين، ويرتد برده.

هذه المادة تطابق المادة (371) من التقنين الحالي.

وتقابل المادتين (420) و(422) من التقنين العراقي.

فالمادة (420) من هذا التقنين تنص علىٰ أنه: «إذا أبرأ الدائن المدين سقط الدين».

والمادة (422) من هذا التقنين تنص علىٰ ما يأتي:

«1- لا يتوقف الإبراء علىٰ قبول المدين، لكن إذا رده قبل القبول ارتد، وإن مات قبل القبول، فلا يؤخذ الدين من تركته.

2- ويصح إبراء الميت من دينه».

وتقابل المادتين (444) و (445) من التقنين الأردني.

فالمادة (444) من هذا التقنين تنص علىٰ أنه: «إذا أبرأ الدائن مدينه مختارًا من حق له عليه، سقط الحق وانقضىٰ الالتزام».

والمادة (445) من هذا التقنين تنص علىٰ أنه: «لا يتوقف الإبراء علىٰ قبول المدين إلا أنه يرتد برده وإن مات قبل القبول فلا يؤخذ الدين من تركته».

وتقابل المادة (935) من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي:

«1- ينقضي الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه، ويتم الإبراء متىٰ وصل إلىٰ علم المدين ويرتد برده.

2- ويترتب علىٰ الرد إعادة الالتزام بما يلحقه من صفات، وما يضمنه من تأمينات،

وما يرد عليه من دفوع».

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (324) من مرشد الحيران علىٰ أن: «من أبرأ شخصًا من حق له عليه، يصح الإبراء عنه، وسقط عن المبرأ ذلك الحق».

ونصت المادة (239) علىٰ أنه: «لا يتوقف الإبراء علىٰ قبول المديون، لكن إذا رده قبل القبول ارتد، وإن مات قبل القبول فلا يؤخذ الدين من تركته».

ونصت المادة (240) علىٰ أنه: «يشترط لصحة البراءة رضاء رب الدين، فإن أكره إكراهًا معتبرًا علىٰ إبراء مدينه، فلا تبرأ ذمته من الدين».

كذلك نصت المادة (1562) من المجلة علىٰ أنه: «إذا أبرأ أحد آخر من حق فيسقط حقه وليس له دعوىٰ ذلك الحق»، ونصت المادة (1568) علىٰ أنه: «لا يتوقف الإبراء علىٰ القبول، ولكن يرتد بالرد...».

ويتضح من هذا أن حكم النص المقترح مأخوذ من الفقه الإسلامي، شأنه في ذلك شأن النصوص المقابلة في التقنينات العربية المذكورة.

(**انظر**: الفتاوىٰ الهندية (ج4/ ص390)، رد المحتار (ج4/ ص717)، الزيلعي (ج4/ ص 198).

مادة (363):

1- تسري علىٰ الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسري علىٰ كل تبرع.

2- ولا يشترط فيه شكل خاص، ولو وقع علىٰ التزام يشترط لقيامه توافر شكل فرضه القانون، أو اتفق عليه المتعاقدان.

هذه المادة تطابق المادة (372) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (447) من التقنين الأردني.

وتطابق المادة (436) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (421) من التقنين العراقي التي تنص علىٰ أنه: «يشترط لصحة الإبراء أن يكون المبرئ أهلًا للتبرع».

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (1541) من المجلة علىٰ أنه: «لا يصح إبراء الصبي

والمجنون والمعتوه مطلقًا». ونصت المادة (235) من مرشد الحيران علىٰ أنه: «يشترط لصحة الإبراء أن يكون المبرئ عاقلًا بالغًا أهلًا للتبرع».

ونصت المادة (1570) من المجلة علىٰ أنه: «إذا أبرأ المريض الذي في مرض موته أحد ورثته من دينه، فلا يكون صحيحًا ونافذًا، وأما لو أبرأ من لم يكن وارثه فيعتبر من ثلث ماله».

ونصت المادة (1571) علىٰ أنه: «إذا أبرأ من تركته مستغرقة بالديون في مرض موته أحد مديونيه، فلا يصح إبراؤه ولا ينفذ».

وأحكام الفقه الإسلامي هذه تعني ما يقضي به النص المقترح من سريان أحكام التبرع علىٰ الإبراء.

❋ ❋ ❋

الفرع الثاني

استحالة التنفيذ

مادة (364): ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلًا عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه.

هذه المادة تطابق المادة (373) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (325) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (448) من التقنين الأردني.

وتطابق المادة (437) من التقنين الكويتي.

انظر في هذا المعنىٰ في الفقه الإسلامي: المادتين (254و 255) من مرشد الحيران، وراجع المادتين (293و 601) من المجلة.

❋ ❋ ❋

الفرع الثالث

عدم سماع الدعوى لمرور الزمان

نظرة عامة:

يأخذ التقنين الحالي بمبدأ سقوط الحق الشخصي بالتقادم، ولكن المشروع يأخذ بمبدأ عدم سماع الدعوىٰ الذي تقره الشريعة الإسلامية، فثمة قاعدة أساسية في هذه الشريعة تستند إلىٰ الحديث الشريف، الذي يقول: «**لا يبطل حق امرئ مسلم وإن قدم**». وبناءً علىٰ ذلك نصت المجلة علىٰ أن الحق لا يسقط بتقادم الزمان، وأنه إذا أقر المدعىٰ عليه بالحق يحكم عليه بإقراره دون اعتبار لمرور الزمان (م(1674) من المجلة) . (انظر: الأشباه لابن نجيم ص(88). وبهذا أخذت جميع المذاهب الفقهية.

إلا أن المذهبين المالكي والحنفي، وإن كانا قد أقرا عدم سقوط الحق بالتقادم، إلا أنهما أقرا من جهة أخرىٰ عدم سماع الدعوىٰ بالدين بعد مضي مدة معينة.

ففي المذهب المالكي إذا سكت صاحب الحق بدون عذر مانع مدة من الزمن، قدرها البعض بعشرين سنة والبعض الآخر بثلاثين سنة، ثم طالب الدائن المدين بعد ذلك، وادعىٰ هذا أنه دفع الدين - فإنه يصدق بدون بينة، ولا تسمع دعوىٰ المدعي. وحجتهم في ذلك أن إثبات الدفع بعد هذه المدة قد لا يكون ميسورًا بسبب نسيان الشهود أو وفاتهم. كما أن تخلف الدائن عن المطالبة بدون عذر يتضمن إقرارًا بعدم أحقيته في هذه المطالبة.

أما الحنفية فقد أقاموا رأيهم علىٰ الاستحسان؛ لأن ترك الدعوىٰ مع التمكن يدل علىٰ عدم وجود الحق ظاهرًا، كما استندوا إلىٰ أن طاعة ولي الأمر فيما لا يصادم الشرع واجبة، وإلىٰ أن ولاية القضاء مستمدة منه، وأنها تحتمل التخصيص بالزمان والمكان (م1800 و 1801 من المجلة).

ومفاد هذا أن المذهبين المالكي والحنفي قد أقرا مبدأ عدم سماع الدعوىٰ بمرور الزمان، وبنيا ذلك علىٰ الاستحسان والضرورات العملية وعدم وجود الحق ظاهرًا وقرينة الإيفاء المستنتجة من السكوت علىٰ الحق وقطع الحيل والتزوير ونسيان الشهود أو موتهم أو غيابهم.

وقد قدر بعض فقهاء الحنفية مدة مرور الزمان المانع سماع الدعوىٰ بثلاث وثلاثين سنة، وقدرها آخرون بست وثلاثين «إلا أن الخلفاء العثمانيين رأوا أن هذه المدة طويلة، وأنها لا تتفق مع تطور المعاملات وحاجات الناس، ولهذا رأوا أن تكون هذه المدة

خمس عشرة سنة مع بعض الاستثناءات التي تضمنتها نصوص المجلة.

ويلاحظ بهذه المناسبة أن مدة التقادم في التقنين المدني الفرنسي ثلاثون سنة، ولكن الفقه الفرنسي ينتقد طول هذه المدة، كما أن مدة التقادم في القوانين الأجنبية الأخرىٰ أقصر من ذلك، فبعض هذه القوانين يحددها بعشرين سنة، وبعضها يحددها بخمس عشرة سنة، وبعضها يحددها بعشر سنوات.

من أجل ذلك استبقىٰ المشروع مدة التقادم في التقنين الحالي، فاعتبر أن القاعدة العامة في مدة عدم سماع الدعوىٰ أن تكون خمس عشرة سنة ميلادية، وهذه المدة تسري بالنسبة إلىٰ كل التزام ما لم ينص القانون في خصوصه علىٰ مدة أخرىٰ، وقد روعي في تحديدها أنها المدة التي يأخذ بها الفقه الإسلامي في المجلة وفي مرشد الحيران، وفي مدة مناسبة لا ترهق المدين ولا تباغت الدائن، وقد ألفها الناس منذ زمن بعيد.

مادة (365): لا تسمع الدعوىٰ بالتزام علىٰ المنكر بعد تركها خمس عشرة سنة بغير عذر شرعي، فيما عدا الحالات التي وردت فيها أحكام خاصة، وفيما عدا الاستثناءات التالية.

هذه المادة تقابل المادة (374) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ أن: يتقادم الالتزام بانقضاء خمس عشرة سنة، فيما عدا الحالات التي ورد عنها نص خاص في القانون، وفيما عدا الاستثناءات التالية».

ويخالف النص المقترح نص التقنين الحالي في أنه يأخذ بمبدأ عدم سماع الدعوىٰ الذي يقول به الفقه الإسلامي، بدلًا من مبدأ سقوط الالتزام أو انقضائه بالتقادم الذي يأخذ به التقنين الحالي.

والمادة المقترحة تطابق في حكمها المادة (429) من التقنين العراقي، التي تنص علىٰ أن: «الدعوىٰ بالتزام أيًا كان سببه لا تسمع علىٰ المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة مع مراعاة ما وردت فيه أحكام خاصة».

وتطابق في حكمها المادة (449) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ أنه: «لا ينقضي الحق بمرور الزمان ولكن لا تسع الدعوىٰ به علىٰ المنكر بانقضاء خمس عشرة سنة

بدون عذر شرعي مع مراعاة ما وردت فيه أحكام خاصة».

وتطابق في حكمها المادة (442) من التقنين الكويتي التي تنص علىٰ أنه: «لا تسمع عند الإنكار الدعوىٰ بحق من الحقوق الشخصية بمضي خمس عشرة سنة، وذلك فيما عدا الأحوال التي يعين فيها القانون مدة أخرىٰ والأحوال المنصوص عليها في المواد التالية».

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (1674) من المجلة علىٰ أنه: «لا يسقط الحق بتقادم الزمان. بناءً عليه: إذا أقر واعترف المدعىٰ عليه صراحة في حضور الحاكم: بأنه للمدعي عنده حق في الحال. في دعوىٰ وجد فيها مرور الزمان بالوجه الذي ادعاه المدعي - فلا يعتبر مرور الزمان، ويحكم بموجب إقرار المدعىٰ عليه...».

ونصت المادة (1660) من المجلة علىٰ أنه: «لا تسمع دعوىٰ الدين ... بعد أن تركت خمس عشرة سنة».

ونصت المادة (1663) من المجلة علىٰ أن: «المعتبر في هذا الباب يعني مرور الزمان المانع من استماع الدعوىٰ، ليس هو إلا مرور الزمان الواقع بلا عذر...».

ونصت المادة (1669) من المجلة علىٰ أنه: «إذا ترك أحد الدعوىٰ بلا عذر ووجد مرور الزمان علىٰ ما ذكر آنفًا، فكما لا تسمع تلك الدعوىٰ في حياته، كذلك لا تسمع من ورثته بعد مماته أيضًا».

ونصت المادة (256) من مرشد الحيران علىٰ أن: «دعوىٰ الدين أيًّا كان سببه لا تسمع علىٰ منكر الدين بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة...».

ونصت المادة (259) من مرشد الحيران علىٰ أنه: «كما لا تسمع دعوىٰ الدين ممن ترك المطالبة به من غير عذر خمس عشرة سنة، فكذلك لا تسمع من ورثته بعد موته».

ويتضح مما تقدم أن النص المقترح يتفق في حكمه مع حكم الفقه الإسلامي في هذا الخصوص.

مادة (366):

1- لا تسمع الدعوىٰ علىٰ المنكر بحق دوري متجدد، كأجرة المباني والأراضي

الزراعية والمرتبات والمعاشات، بعد تركها خمس سنوات بغير عذر شرعي.

2- ولا تسمع الدعوىٰ علىٰ المنكر بالريع المستحق في ذمة الحائز سيئ النية أو الريع الواجب علىٰ ناظر الوقف أداؤه للمستحقين بعد تركها خمس عشرة سنة بغير عذر شرعي.

هذه المادة تقابل المادة (375) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- يتقادم بخمس سنوات كل حق دوري متجدد ولو أقر به المدين، كأجرة المباني والأراضي الزراعية، ومقابل الحكر، وكالفوائد والإيرادات المرتبة والمهايا والأجور والمعاشات.

2- ولا يسقط الريع المستحق في ذمة الحائز سيئ النية ولا الريع الواجب علىٰ ناظر الوقف أدؤاه للمستحقين إلا بانقضاء خمس عشرة سنة».

ويخالف النص المقترح نص التقنين الحالي في أنه يأخذ بمبدأ عدم سماع الدعوىٰ الذي يقول به الفقه الإسلامي، بدلًا من مبدأ سقوط الالتزام، أو انقضائه بالتقادم الذي يأخذ به التقنين الحالي.

ويخالفه كذلك في أنه يربط بين عدم سماع الدعوىٰ وإنكار المدين بالحق في هذه الحالة، بحيث إذا أقر المدين بالحق يحكم عليه بإقراره دون اعتبار لمرور الزمان. وذلك اتفاقًا مع ما يقرره الفقه الإسلامي في جميع الحالات التي لا تسمع فيها الدعوىٰ (م (1674) من المجلة، وم (256) من مرشد الحيران) إذ إن هذا هو الذي يتسق مع فكرة عدم سماع الدعوىٰ، علىٰ اعتبار أن مرور الزمن ليس إلا مانعًا من المطالبة بالحق دون أن يكون سببًا لسقوطه أو انقضائه ما دام الوفاء به لم يتم، الأمر الذي يجعل إقرار المدين بالحق مؤديًا إلىٰ الحكم عليه بإقراره دون اعتبار لمرور الزمن.

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للتقنين الحالي في هذا الصدد ما يأتي: «ولا يقوم التقادم الخمسي علىٰ قرينة الوفاء، كما هو الشأن فيما عداه من ضروب التقادم، وإنما يرجع في أساسه إلىٰ أن المدين يفرض فيه أداء الديون الدورية المتجددة من إيراده، فلو أجبر علىٰ الوفاء بما تراكم من هذه الديون بعد انقضاء خمس سنوات من تاريخ

استحقاقه - لأفضىٰ ذلك إلىٰ تكليفه بما قد يجاوز السعة. وقد جعل للمدين تفريعًا علىٰ هذا التوجيه أن يتمسك بالتقادم بانقضاء تلك المدة، ولو بعد إقراره بوجوب الدين في ذمته (مجموعة الأعمال التحضيرية (ج3/ ص(305).

ويلاحظ علىٰ هذا القول أن إقرار المدين بالدين الواجب عليه يعني أن الوفاء لم يتم، وبالتالي فإن ذمته لا تزال مشغولة بالدين، وأنه يريد أن يبرئ ذمته بهذا الإقرار، مما لا يسوغ معه أن نتيح له وسيلة للتخلص من الدين رغم عدم الوفاء به. وإذا أردنا أن نأخذ هذا الإقرار علىٰ وجهه الصحيح فإنه في أغلب حالاته يعتبر نزولًا عن التمسك بعدم سماع الدعوىٰ، وإذا كان من المسلم أن المدين حين يتمسك بالتقادم رغم عدم الوفاء يتخلف في ذمته التزام طبيعي يقع الوفاء به صحيحًا، فكيف نتجاهل إقراره بالدين الواجب في ذمته، وفوق كل هذا فإن إعطاء المدين الحق في التمسك بعدم سماع الدعوىٰ رغم إقراره بالدين - ينافي القاعدة الأساسية في الشريعة الإسلامية التي جاءت في الحديث الشريف: «**لا يبطل حق امرئ مسلم وإن قدم**».

فعدم سماع الدعوىٰ ليس إلا استثناء يؤخذ به عند الإنكار بعد مضي مدة معينة.

والمادة المقترحة تطابق في حكمها المادة (439) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (430) من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي:

«1- كل حق دوري متجدد كالأجرة والفوائد والرواتب والإيرادات المرتبة - لا تسمع الدعوىٰ به علىٰ المدين بعد تركها من غير عذر شرعي خمس سنوات.

2- أما الريع المستحق في ذمة الحائز سيئ النية، والريع الواجب علىٰ متولي الوقف أداؤه للمستحقين - فلا تسمع الدعوىٰ بهما علىٰ المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة».

وتقابل المادة (450) من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي:

«1- لا تسمع دعوىٰ المطالبة بأي حق دوري متجدد كأجرة المباني والأراضي الزراعية والمرتبات والمعاشات بانقضاء خمس سنوات علىٰ تركها بغير عذر شرعي.

2- أما الريع المستحق في ذمة المشرف أو المتولي علىٰ الوقف أو في ذمة الحائز سيئ النية - فلا تسمع الدعوىٰ به علىٰ المنكر بعد تركها بغير عذر شرعي مدة خمس

عشرة سنة».

مادة (367): لا تسمع الدعوىٰ علىٰ المنكر بعد تركها خمس سنوات بغير عذر شرعي، إذا كانت بحق من حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء والأساتذة والمعلمين ووكلاء التفليسة والسماسرة وغيرهم ممن يزاولون المهن الحرة، علىٰ أن تكون هذه الحقوق مستحقة لهم عما أدوه من عمل من أعمال مهنتهم وما تكبدوه من مصروفات.

هذه المادة تقابل المادة (376) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «تتقادم بخمس سنوات حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء ووكلاء التفليسة والسماسرة والأساتذة والمعلمين علىٰ أن تكون هذه الحقوق واجبة لهم جزاءً عما أدوه من عمل من أعمال مهنتهم وما تكبدوه من مصروفات».

ويخالف النص المقترح نص التقنين الحالي من الوجوه الآتية:

(1) يأخذ النص المقترح بمبدأ عدم سماع الدعوىٰ الذي يقول به الفقه الإسلامي، بدلًا من مبدأ سقوط الحق أو انقضائه بالتقادم الذي يأخذ به التقنين الحالي.

(2) عمم النص المقترح الحكم فجعله يشمل كل من يزاول مهنة حرة، كما كان الأمر في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي.

(3) أدخل النص المقترح بعض تعديلات لفظية.

والمادة المقترحة تطابق المادة (440) من التقنين الكويتي.

وتطابق البند (1) من المادة (451) من التقنين الأردني.

وتقابل البند الأول (أ) من المادة (431) من التقنين العراقي والبنود الأخرىٰ، حيث تنص علىٰ ما يأتي: «1- لا تسمع الدعوىٰ علىٰ المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي سنة واحدة في الحقوق الآتية:

1- حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والأساتذة والمعلمين والمهندسين والخبراء ووكلاء التفليسة والسماسرة، وبوجه عام كل من يزاول مهنة حرة علىٰ أن تكون هذه الحقوق واجبة لهم جزاءً عما أدَّوْه من عمل وما تكبدوه من مصروفات.

2- ولا تسمع الدعوىٰ في هذه الحقوق، حتىٰ لو بقي الدائنون مستمرين فيما يقومون به من خدمات أو أعمال أو أشغال أو توريدات.

3- ويجب علىٰ من يتمسك بعدم سماع الدعوىٰ بمرور سنة واحدة - أن يحلف يمينًا توجهها المحكمة من تلقاء نفسها علىٰ أن ذمته غير مشغولة بالدين، وتوجه اليمين إلىٰ ورثة المدينين أو أوليائهم إن كانوا محجورين بأنهم لا يعلمون بوجود الدين.

4- لكن إذا حرر سند بحق من هذه الحقوق فلا يتقادم الحق إلا بانقضاء خمس عشرة سنة».

وتختلف أحكام التقنين العراقي عن أحكام النص المقترح من الوجهين الآتيين:

(1) مدة التقادم في التقنين العراقي سنة واحدة، كما كان الأمر في المشروع التمهيدي للتقنين المصري الحالي، وذلك بدلًا من خمس سنوات في النص المقترح وفي التقنين الحالي.

(2) أوجب التقنين العراقي علىٰ المدين أن يحلف يمينًا علىٰ أن ذمته مشغولة بالدين، كما كان الأمر في المشروع التمهيدي للتقنين المصري الحالي.

أما أن التقادم يسري حتىٰ لو بقي الدائن مستمرًّا فيما يقوم به، وأن تحرير سند بالدين يجعل مدة التقادم خمس عشرة سنة، فسيأتي النص عليهما في مادة لاحقة.

مادة (368):

1- لا تسمع علىٰ المنكر دعوىٰ المطالبة بالضرائب والرسوم المستحقة للدولة بعد تركها خمس سنوات بغير عذر شرعي. وتبدأ هذه المدة في الضرائب والرسوم السنوية من نهاية السنة التي تستحق عنها، وفي الرسوم المستحقة عن الأوراق القضائية من تاريخ انتهاء المرافعة في الدعوىٰ التي حررت في شأنها هذه الأوراق، أو من تاريخ تحريرها إذا لم تحصل مرافعة.

2- وكذلك يكون الحكم بالنسبة إلىٰ دعوىٰ المطالبة برد الضرائب والرسوم التي دفعت بغير حق. وتبدأ المدة المذكورة من يوم دفع هذه الضرائب والرسوم.

3- ولا تخل الأحكام السابقة بالأحكام الواردة في قوانين خاصة.

هذه المادة تقابل المادة (377) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- تتقادم بثلاث سنوات الضرائب والرسوم المستحقة للدولة، ويبدأ سريان التقادم في الضرائب والرسوم السنوية من نهاية السنة التي تستحق عنها، وفي الرسوم المستحقة عن الأوراق القضائية من تاريخ انتهاء المرافعة في الدعوىٰ التي حررت في شأنها هذه الأوراق، أو من تاريخ تحريرها إذا لم تحصل مرافعة.

2- ويتقادم بثلاث سنوات أيضًا الحق في المطالبة برد الضرائب والرسوم التي دفعت بغير حق. ويبدأ سريان التقادم من يوم دفعها.

3- ولا تخل الأحكام السابقة بأحكام النصوص الواردة في القوانين الخاصة».

وتختلف أحكام النص المقترح عن أحكام التقنين الحالي من الوجهين الآتيين:

(1) يأخذ النص المقترح بمبدأ عدم سماع الدعوىٰ الذي يقول به الفقه الإسلامي، وذلك بدلًا من مبدأ سقوط الالتزام أو انقضائه الذي يأخذ به التقنين الحالي.

(2) مدة عدم سماع الدعوىٰ في النص المقترح خمس سنوات، وذلك بدلًا من التقادم بثلاث سنوات في التقنين الحالي، إذ الغالب في القوانين الخاصة بالضرائب أن يكون سقوط الضريبة بانقضاء خمس سنوات.

والمادة المقترحة تقابل المادة (441) من التقنين الكويتي التي تنص علىٰ ما يأتي:

«1- لا تسمع عند الإنكار دعوىٰ المطالبة بالضرائب والرسوم المستحقة للدولة بمضي خمس سنوات، ويبدأ سريان هذه المدة في الضرائب والرسوم السنوية من نهاية السنة التي تستحق فيها، وفي الرسوم المستحقة عن الأوراق القضائية من تاريخ انتهاء المرافعة في الدعوىٰ التي حررت في شأنها هذه الأوراق، أو من تاريخ تحريرها إذا لم تحصل مرافعة.

2- وكذلك يكون الحكم إذا كانت الدعوىٰ بالمطالبة برد الضرائب والرسوم التي دفعت بغير حق، ويبدأ سريان المدة في هذه الحالة من يوم إخطار الممول بالتسوية النهائية لتلك الضرائب والرسوم».

وتقابل البند (2) من المادة (451) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ ما يأتي: «1- لا تسمع الدعوىٰ عند الإنكار وعدم قيام العذر الشرعي إذا انقضت خمس سنوات علىٰ

الحقوق الآتية: 2- ما يستحق رده للأشخاص من الضرائب والرسوم إذا دفعت بغير حق دون الإخلال بالأحكام الواردة في القوانين الخاصة».

مادة (369):

لا تسمع الدعوى على المنكر بعد تركها بغير عذر شرعي سنة واحدة إذا كانت بحق من الحقوق الآتية:

(أ) حقوق التجار والصناع عن أشياء وردوها لأشخاص لا يتجرون في هذه الأشياء، وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الإقامة، وثمن الطعام، وكل ما صرفوه لحساب عملائهم.

(ب) حقوق العمال والخدم والأجراء، من أجور يومية وغير يومية، ومن ثمن ما قاموا به من توريدات.

هذه المادة تقابل المادة (378) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- تتقادم بسنة واحدة الحقوق الآتية:

(أ) حقوق التجار والصناع عن أشياء وردوها لأشخاص لا يتجرون في هذه الأشياء، وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الإقامة وثمن الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم.

(ب) حقوق العمال والخدم والأجراء، من أجور يومية وغير يومية، ومن ثمن ما قاموا به من توريدات.

2- ويجب علىٰ من يتمسك بأن الحق قد تقادم بسنة أن يحلف اليمين علىٰ أنه أدىٰ الدين فعلًا، وهذه اليمين يوجهها القاضي من تلقاء نفسه، وتوجه إلىٰ ورثة المدين أو أوصيائهم، إن كانوا قصرًا؛ بأنهم لا يعلمون بوجود الدين أو يعلمون بحصول الوفاء».

وتختلف أحكام النص المقترح عن أحكام التقنين الحالي من الوجهين الآتيين:

(1) يأخذ النص المقترح بمبدأ عدم سماع الدعوىٰ الذي يقول به الفقه الإسلامي، وذلك بدلًا من مبدأ سقوط الالتزام أو انقضائه الذي يأخذ به التقنين الحالي.

(2) لم يأخذ النص المقترح بفكرة يمين الاستيثاق التي يوجهها القاضي إلىٰ

المدين أو ورثته أو أوصيائهم؛ لأن تحليف اليمين يفترض معه سماع الدعوىٰ، والحال أنها لا تسمع عند الإنكار وانقضاء المدة المقررة.

والمادة المقترحة تطابق المادة (452) من التقنين الأردني، فيما عدا أن هذه الأخيرة تجعل المدة سنتين.

وتقابل البند الأول (ب و ج) من المادة (431) من التقنين العراقي والبنود الأخرىٰ، حيث تنص علىٰ ما يأتي:

«1- لا تسمع الدعوىٰ علىٰ المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي سنة واحدة في الحقوق الآتية:

ب- حقوق التجار والصناع عن أشياء وردوها لأشخاص لا يتجرون في هذه الأشياء وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الإقامة وثمن الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم.

ج- حقوق العملة والخدم والأجراء من أجور يومية وغير يومية، ومن ضمن ما قاموا به من توريدات.

2- ولا تسمع الدعوىٰ في هذه الحقوق حتىٰ لو بقي الدائنون مستمرين فيما يقومون به من خدمات أو أعمال أو أشغال أو توريدات.

3- ويجب علىٰ من يتمسك بعدم سماع الدعوىٰ بمرور سنة واحدة - أن يحلف يمينًا توجهها المحكمة من تلقاء نفسها علىٰ أن ذمته غير مشغولة بالدين، وتوجه اليمين إلىٰ ورثة المدينين أو أوليائهم إن كانوا محجورين بأنهم لا يعلمون بوجود الدين.

4- لكن إذا تحرر سند بحق من هذه الحقوق، فلا يتقادم الحق إلا بانقضاء خمس عشرة سنة».

ويختلف النص العراقي عن النص المقترح في أنه يوجب علىٰ المدين أن يحلف يمينًا علىٰ أن ذمته مشغولة بالدين كما هي الحال في التقنين الحالي.

أما أن التقادم يسري حتىٰ لو بقي الدائن مستمرًّا فيما يقوم به، وأن تحرير سند بالدين يجعل مدة التقادم خمس عشرة سنة - فسيأتي النص عليهما في مادة لاحقة.

وتقابل المادة (442) من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي:

«1- لا تسمع عند الإنكار الدعوىٰ بانقضاء سنة واحدة إذا كانت بحق من الحقوق الآتية:

(أ) حقوق التجار والصناع عن أشياء وردوها لأشخاص لا يتجرون فيها، وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الإقامة وثمن الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم.

(ب) حقوق خدم المنازل ومن في حكمهم.

2- ويجب علىٰ من يتمسك بعدم سماع الدعوىٰ في الأحوال السابقة - أن يحلف اليمين بأنه أدىٰ الدين فعلًا، فإن كان وارثًا للمدين ونائبًا قانونيًّا عنه أو عن ورثته حلف اليمين بأنه لا يعلم بوجود الدين، أو بأنه يعلم بوفاته، وتوجه المحكمة هذه اليمين من تلقاء نفسها».

مادة (370):

أ- تبدأ المدة المقررة لعدم سماع الدعوىٰ في الحقوق المذكورة في المادتين (367و 369) من الوقت الذي يتم فيه الدائنون تقدماتهم، ولو استمروا يقدمون تقدمات أخرىٰ.

2- وإذا حرر سند بحق من هذه الحقوق فلا يمتنع سماع الدعوىٰ به إلا بانقضاء خمس عشرة سنة.

هذه المادة تقابل المادة (379) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- يبدأ سريان التقادم في الحقوق المذكورة في المادتين (376، 378) من الوقت الذي يتم فيه الدائنون تقدماتهم، ولو استمروا يقدمون تقدمات أخرىٰ.

2- وإذا حرر سند بحق من هذه الحقوق، فلا يتقادم الحق إلا بانقضاء خمس عشرة سنة».

ويخالف النص المقترح نص التقنين الحالي في أنه يأخذ بمبدأ عدم سماع الدعوىٰ الذي يقوم به الفقه الإسلامي، بدلًا من مبدأ سقوط الحق أو انقضائه بالتقادم الذي يأخذ به التقنين الحالي.

والمادة المقترحة تطابق البندين (2 و 4) من المادة (431) من التقنين العراقي، وقد

تقدم ذكرها.

وتطابق المادة (453) من التقنين الأردني.

وتطابق المادة (443) من التقنين الكويتي.

مادة (371):

1- تبدأ المدة المقررة لعدم سماع الدعوىٰ، فيما لم يرد فيه نص خاص، من اليوم الذي يصبح فيه الدين مستحق الأداء.

2- فبالنسبة إلىٰ دين معلق علىٰ شرط واقف تبدأ المدة من الوقت الذي يتحقق فيه الشرط، وبالنسبة إلىٰ دين مؤجل تبدأ المدة من وقت انقضاء الأجل، وبالنسبة إلىٰ ضمان الاستحقاق تبدأ المدة من الوقت الذي يثبت فيه الاستحقاق.

3- وإذا كان تعيين ميعاد الوفاء متوقفًا علىٰ إرادة الدائن، تبدأ المدة من الوقت الذي يتمكن فيه الدائن من إعلان إرادته.

هذه المادة تقابل المادة (381) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- لا يبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص، إلا من اليوم الذي يصبح فيه الدين مستحق الأداء.

2- وبخاصة لا يسري التقادم بالنسبة إلىٰ دين معلق علىٰ شرط واقف إلا من الوقت الذي يتحقق فيه الشرط، وبالنسبة إلىٰ ضمان الاستحقاق، إلا من الوقت الذي يثبت فيه الاستحقاق، وبالنسبة إلىٰ الدين المؤجل، إلا من الوقت الذي ينقضي فيه الأجل.

3- وإذا كان تحديد ميعاد الوفاء متوقفًا علىٰ إرادة الدائن، سرىٰ التقادم من الوقت الذي يتمكن فيه الدائن من إعلان إرادته».

ويخالف النص المقترح نص التقنين الحالي في أنه يأخذ بمبدأ عدم سماع الدعوىٰ الذي يقول به الفقه الإسلامي، بدلًا من مبدأ سقوط الالتزام أو انقضائه بالتقادم الذي يأخذ به التقنين الحالي.

ويخالفه كذلك فيما أدخل عليه من تعديلات لفظية.

والمادة المقترحة تطابق المادة (434) من التقنين العراقي.

والفقرتان الأولىٰ والثالثة منها تطابقان في الحكم المادة (445) من التقنين الكويتي، مع بعض الاختلافات اللفظية.

وتطابق في حكمها المادة (454) من التقنين الأردني، مع إغفال هذه الأخيرة الدين المؤجل.

انظر في الفقه الإسلامي: المادة (1667) من المجلة، والمادة (258) من مرشد الحيران، حيث تتفق أحكامهما مع ما جاء في الفقرتين الأولىٰ والثانية من النص المقترح.

مادة (372): تحسب المدة التي تمنع من سماع الدعوىٰ بالأيام، ولا يحسب اليوم الأول منها، وتكمل بانقضاء آخر يوم منها.

هذه المادة تقابل المادة (380) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «تحسب مدة التقادم بالأيام لا بالساعات، ولا يحسب اليوم الأول، وتكمل المدة بانقضاء آخر يوم منها».

ويخالف النص المقترح نص التقنين الحالي في أنه يشير إلىٰ مبدأ عدم سماع الدعوىٰ الذي يقول به الفقه الإسلامي، بدلًا من مبدأ سقوط الالتزام أو انقضائه بالتقادم الذي يأخذ به التقنين الحالي.

ويخالفه كذلك فيما أدخل عليه من تعديلات لفظية.

والمادة المقترحة تطابق المادة (444) من التقنين الكويتي.

وتطابق في حكمها المادة (456) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ ما يأتي: «تحسب المدة التي تمنع من سماع الدعوىٰ بالأيام، ولا يحسب اليوم الأول منها، وتكمل بانقضاء آخر يوم منها إلا إذا كان عطلة رسمية فإنه يمتد إلىٰ اليوم التالي».

وتطابق في حكمها المادة (433) من التقنين العراقي التي تنص علىٰ ما يأتي: «تحسب المدة التي تمنع من سماع الدعوىٰ بالتقويم الميلادي، وتكون بالأيام لا بالساعات».

مادة (373): ولا تسمع الدعوىٰ إذا تركها السلف مدة، ثم تركها الخلف من بعده مدة أخرىٰ، إذا بلغ مجموع المدتين الحد المقرر لعدم سماعها.

هذه المادة مستحدثة. وبمقتضاها يجوز في حساب المدة المقررة لعدم سماع الدعوىٰ أن تضم المدة التي ترك السلف الدعوىٰ خلالها إلىٰ المدة التي ترك الخلف الدعوىٰ خلالها، بحيث لا تسمع الدعوىٰ إذا كان مجموع هاتين المدتين يبلغ المدة المقررة لعدم سماع الدعوىٰ.

وهي تطابق المادة (432) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (455) من التقنين الأردني.

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (1670) من المجلة في هذا المعنىٰ علىٰ أنه: «إذا ترك المورث الدعوىٰ مدة، وتركها الوارث أيضًا مدة، وبلغ مجموع المدتين حد مرور الزمان - فلا تسمع».

مادة (374): تقف المدة المقررة لعدم سماع الدعوىٰ كلما وجد عذر شرعي يتعذر معه علىٰ الدائن أن يطالب بحقه، ولو كان هذا العذر من قبيل المانع الأدبي الذي يحول دون المطالبة بالحق، أو كان راجعًا إلىٰ مجرد الخوف ممن له نفوذ وسلطان، وكذلك تقف المدة فيما بين الأصيل والنائب.

هذه المادة تقابل المادة (382) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- لا يسري التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه علىٰ الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبيًّا، وكذلك لا يسري التقادم فيما بين الأصيل والنائب.

2- ولا يسري التقادم الذي تزيد مدته علىٰ خمس سنوات في حق من لا تتوافر فيه الأهلية، أو في حق الغائب، أو في حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية إذا لم يكن له نائب يمثله قانونًا».

ويخالف النص المقترح نص التقنين الحالي من وجوه:

1- يشير النص المقترح إلىٰ مبدأ عدم سماع الدعوىٰ الذي يقول به الفقه الإسلامي، بدلًا من نظام التقادم الذي يأخذ به التقنين الحالي.

2- أضيف إلىٰ المانع الأدبي من المطالبة كعذر شرعي حد الشارع في النص الحالي بالدائن، أن يكون العذر راجعًا إلىٰ مجرد الخوف ممن له نفوذ وسلطان، وهذه الإضافة

مأخوذة من الفقه الإسلامي، ولها ما يبررها.

فقد جاء في الحطاب: فلو كان هناك مانع يمنعه في الكلام، فإن حقه لا يبطل، وفسر ابن الحاجب المانع بالخوف والقرابة والصهر، فيكون المراد بالمانع في كلامه الخوف أي خوف المدعي من الذي في يده العقار؛ لكونه ذا سلطان أو مستندًا لذي سلطان (مواهب الجيل لشرح مختصر خليل (ج6/ ص322).

ونصت المادة (1663) من المجلة علىٰ أن: «إذا كان الرجل مع أحد المتغلبة دعوىٰ، ولم يمكنه الادعاء لامتداد زمان يغلب خصمه، ووجد مرور الزمن لا يكون مانعًا لاستماع الدعوىٰ، وإما يعتبر مرور الزمان من تاريخ زمان التغلب».

3- لا يفرق النص المقترح بين مدة وأخرىٰ من المدة المقررة لعدم سماع الدعوىٰ، بالنسبة إلىٰ من لا تتوافر فيه الأهلية والغائب والمحكوم عليه بعقوبة جنائية إذا لم يكن لأحدهم نائب يمثله قانونًا، حيث يتوفر العذر الشرعي الذي يوقف المدة أيًّا كان مقدارها، ما دام أن ليس هناك نائب يمثل من لا تتوافر فيه الأهلية أو الغائب أو المحكوم عليه بعقوبة جنائية.

بينما يذهب التقنين الحالي إلىٰ أنه إذا لم تزد المدة علىٰ خمس سنوات، فإن العذر الشرعي الذي يؤدي إلىٰ وقفها لا يعتبر متوافرًا، حتىٰ ولو لم يكن لأي من هؤلاء نائب يمثله قانونًا، والحجة في ذلك أن مدد التقادم التي لا تزيد علىٰ خمس سنوات يقوم التقادم فيها علىٰ اعتبارات يستوي عندها القاصر والمحجور بالبالغ الرشيد، والغائب بالحاضر، والمحكوم عليه بمن لم يحكم عليه، فالحقوق الدورية المتجددة تتقادم بخمس سنوات حتىٰ لا تتراكم علىٰ المدين فترهقه، وحقوق أصحاب المهن الحرة تتقادم بخمس سنوات، والتقادم هنا يقوم علىٰ قرينة الوفاء وعدم إرهاق المدين، وحقوق التجار والصناع وأصحاب الفنادق والمطاعم والعمال والخدم والأجراء تتقادم بسنة واحدة، والتقادم هنا يقوم علىٰ قرينة الوفاء.

ويلاحظ علىٰ هذا النظر ما تقدم ذكره من أن القاعدة الأساسية في الشريعة الإسلامية أن الحق لا يسقط أو ينقضي بمرور الزمن، طال هذا الزمن أو قصر، وذلك استنادًا إلىٰ الحديث الشريف الذي يقول: «**لا يبطل حق امرئ مسلم وإن قدم**». ومن ثم كان عدم

سماع الدعوىٰ استثناءً لا يؤخذ به إلا إذا توفر شرطاه، وهما وجود العذر الشرعي الذي تتعذر معه المطالبة بالحق، وترك الدعوىٰ طوال المدة المقررة لعدم سماعها، ويقابل ذلك أن توافر هذين الشرطين يتحتم معه منع سماع الدعوىٰ متىٰ تمسك به المدين، دون نظر إلىٰ الاعتبارات الأخرىٰ التي تساق لتبرير التقادم، ولا شك في أن عدم وجود نائب يمثل من لا تتوافر فيه الأهلية أو الغائب أو المحكوم عليه بعقوبة جنائية يعتبر عذرًا شرعيًّا يحول دون إمكان المطالبة بالحق، سواء كانت المدة المقررة لعدم سماع الدعوىٰ خمس سنوات أو أقل أو أكثر من ذلك، فالعذر الشرعي والمدة المقررة لعدم سماع الدعوىٰ أمران متلازمان، لهذا أغفل النص المقترح حكم الفقرة الثانية من المادة (382) من التقنين الحالي.

وغني عن البيان أن العذر الشرعي هو قيام المانع الذي يتعذر معه علىٰ الدائن أن يطالب بحقه، وإنما آثر المشروع أن يستعمل في هذا المقام تعبير: «العذر الشرعي»، الذي جرت به أقلام الفقهاء المسلمين لبلاغته في الإيجاز والدلالة.

والمادة المقترحة تطابق في حكمها المادتين (435و 436) من التقنين العراقي.

فالمادة (435) من هذا التقنين تنص علىٰ ما يأتي:

«1- تقف المدة المقررة لعدم سماع الدعوىٰ بالعذر الشرعي، كأن يكون المدعي صغيرًا أو محجورًا وليس له ولي، أو غائبًا في بلاد أجنبية نائية، أو أن تكون الدعوىٰ بين الزوجين أو بين الأصول والفروع، أو أن يكون هناك مانع آخر يستحيل معه علىٰ المدعي أن يطالب بحقه.

2- والمدة التي تمضي مع قيام العذر لا تعتبر».

والمادة (436) من هذا التقنين تنص علىٰ ما يأتي: «إذا ترك بعض الورثة الدعوىٰ بدين مورثهم من غير عذر المدة المقررة، وكان لباقي الورثة عذر شرعي - تسمع دعوىٰ هؤلاء بقدر حصتهم من الدين».

وتطابق في حكمها المادتين (457، 458) من التقنين الأردني.

فالمادة (457) من هذا التقنين تنص علىٰ ما يأتي: «يقف مرور الزمان المانع من سماع الدعوىٰ كلما وجد عذر شرعي يتعذر معه المطالبة بالحق.

2- ولا تحسب مدة قيام العذر في المدة المقررة».

والمادة (458) من هذا التقنين تنص علىٰ ما يأتي: «إذا ترك بعض الورثة الدعوىٰ بحق مورثهم المدة المقررة لسماع الدعوىٰ بغير عذر شرعي، وكان للبعض الآخر عذر شرعي

- تسمع دعوىٰ هؤلاء بقدر أنصبتهم» .

وتطابق في حكمها المادتين (446) و(447) من التقنين الكويتي.

فالمادة (446) من هذا التقنين تنص على ما يأتي:

«1- لا تسري المدة المقررة لعدم سماع الدعوىٰ كلما وجد مانع يتعذر معه علىٰ الدائن أن يطالب بحقه، ولو كان المانع أدبيًّا، كما أنها لا تسري كذلك فيما بين الأصيل والنائب.

2- ويعتبر مانعًا يتعذر معه المطالبة بالحق عدم توفر الأهلية في الدائن أو غيبته أو الحكم عليه بعقوبة جنائية، إذا لم يكن له نائب يمثله قانونًا».

والمادة (447) من هذا التقنين تنص علىٰ أنه: «إذا وجد سبب يوقف سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوىٰ بالنسبة إلىٰ بعض ورثة الدائن - فإن المدة لا تتوقف بالنسبة إلىٰ بقية الورثة».

وفي الفقه الإسلامي كذلك، انظر: المواد (157) و (256) و (261) من مرشد الحيران.

مادة (375): تنقطع المدة المقررة لعدم سماع الدعوىٰ بالمطالبة القضائية، ولو رفعت الدعوىٰ إلىٰ محكمة غير مختصة، وبالتنبيه، وبالحجز، وبالطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقه في تفليس أو في توزيع، وبأي عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير في إحدىٰ الدعاوي.

هذه المادة تطابق المادة (383) من التقنين الحالي، فيما عدا أنها تتضمن تعبير: «المدة المقررة لعدم سماع الدعوىٰ»، بدلًا من كلمة: «التقادم» الواردة في نص التقنين الحالي.

وتطابق في حكمها المادة (437) من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي:

«1- تنقطع المدة المقررة لعدم سماع الدعوىٰ بالمطالبة القضائية، ولو رفعت الدعوىٰ إلىٰ محكمة غير مختصة عن غلط مغتفر، فإن طالب الدائن غريمه في المحكمة، ولم تفصل الدعوىٰ حتىٰ مضت المدة - فإنها تسمع بعدها.

2- وكالمطالبة القضائية الطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقه في تفليس أو توزيع، وبوجه عام أي عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير في إحدىٰ الدعاوي».

وتطابق في حكمها المادة (460) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ ما يأتي: «تنقطع المدة المقررة لعدم سماع الدعوىٰ بالمطالبة القضائية، أو بأي إجراء قضائي يقوم به الدائن للتمسك بحقه».

وتطابق المادة (448) من التقنين الكويتي.

وفي الفقه الإسلامي، انظر: المادة (260) من مرشد الحيران.

مادة (376):

1- تنقطع المدة المقررة لعدم سماع الدعوىٰ، إذا أقر المدين بحق الدائن إقرارًا صريحًا أو ضمنيًّا.

2- ويعتبر إقرارًا ضمنيًّا أن يترك المدين تحت يد الدائن مالًا له مرهونًا رهنًا حيازيًّا تأمينًا لوفاء الدين.

هذه المادة تطابق المادة (384) من التقنين الحالي، مع استبدال عبارة: «المدة المقررة لعدم سماع الدعوىٰ» بكلمة: «التقادم» الواردة في نص التقنين الحالي.

وتطابق المادة (438) من التقنين العراقي.

وتطابق في حكمها المادة (459) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ أن: «إقرار المدين بالحق صراحة أو دلالة يقطع مرور الزمان المقرر لعدم سماع الدعوىٰ».

وتقابل المادة (453) من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي:

«1- تنقطع المدة المقررة لعدم سماع الدعوىٰ إذا أقر المدين بحق الدائن إقرارًا

صريحًا أو ضمنيًّا.

2- ويعتبر إقرارًا ضمنيًّا ترك المدين مالًا له تحت يد الدائن إذا كان المال مرهونًا رهنًا حيازيًّا تأمينًا لوفاء الدين، أو كان الدائن قد حبسه - بناءً علىٰ حقه في الامتناع عن رده - إلىٰ حين الوفاء بالدين المرتبط به عملًا بالمادة (318)».

وفي الفقه الإسلامي: انظر: المادتين (160) و (161) من مرشد الحيران، وهما تتضمنان إقرارًا ضمنيًّا بحق واضع اليد في دعوىٰ الملك.

مادة (377):

1- إذا انقطعت المدة المقررة لعدم سماع الدعوىٰ، بدأت مدة جديدة من وقت انتهاء الأثر المترتب علىٰ سبب الانقطاع، وتكون المدة الجديدة مساوية للمدة الأولىٰ.

2- علىٰ أنه إذا حكم بالدين وحاز الحكم قوة الأمر المقضي أو انقطعت المدة بإقرار المدين، كانت المدة الجديدة خمس عشرة سنة.

هذه المادة تقابل المادة (385) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- إذا انقطع التقادم بدأ تقادم جديد، يسري من وقت انتهاء الأثر المترتب علىٰ سبب الانقطاع، وتكون مدته هي مدة التقادم الأول.

2- علىٰ أنه إذا حكم بالدين وحاز الحكم قوة الأمر المقضي، أو إذا كان الدين مما يتقادم بسنة واحدة وانقطع تقادمه بإقرار المدين - كانت مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة، إلا أن يكون الدين المحكوم به متضمنًا لالتزامات دورية متجددة لا تستحق الأداء إلا بعد صدور الحكم».

ويخالف النص المقترح نص التقنين الحالي من الوجوه الآتية:

1- يشير النص المقترح إلىٰ المدة المقررة لعدم سماع الدعوىٰ، بدلًا من نظام التقادم الذي يأخذ به التقنين الحالي.

2- يقضي النص المقترح بأنه إذا انقطعت المدة المقررة لعدم سماع الدعوىٰ، بإقرار المدين - فإن المدة الجديدة تصبح خمس عشرة سنة، ولو كانت المدة الأولىٰ أقل من

ذلك، بحيث يسري هذا الحكم علىٰ جميع المدد التي تقل عن خمس عشرة سنة، دون تفرقة بين دين وآخر.

بينما يقصر التقنين الحالي هذا الحكم علىٰ الديون التي تتقادم بسنة واحدة، مع أنه لا مبرر للتفرقة في هذا الصدد بين حقوق أصحاب المهن الحرة التي تتقادم بخمس سنوات، وحقوق التجار والصناع وأصحاب الفنادق والمطاعم والعمال والخدم والأجراء التي تتقادم بسنة واحدة، إذ يقوم التقادم في كلا الفريقين علىٰ قرينة الوفاء، والواقع أن هذه التفرقة لم تكن مقصودة في الفقرة الثانية من المادة (385) من التقنين الحالي، حيث يرجع ذلك إلىٰ أن المادة المقابلة للمادة (376) من التقنين الحالي في المشروع التمهيدي - كانت تنص علىٰ تقادم حقوق أصحاب المهن الحرة بسنة واحدة، فكانت تدخل في الحقوق التي تتحول مدة التقادم فيها من سنة واحدة إلىٰ خمس عشرة سنة لصدور إقرار بها من المدين، ولما عدلت مدة التقادم فيها فارتفعت إلىٰ خمس سنوات، لم يلاحظ إدخال ما يقتضيه هذا التعديل من تعديل مقابل في نص الفقرة الثانية من المادة (385)، لا سيما وأن هذا لا يتسق مع ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة (379)، من أنه إذا حرر سند بالدين بحق من الحقوق التي تدخل في أي من الفريقين المذكورين، فإن مدة التقادم ترتفع إلىٰ خمس عشرة سنة، حيث إن تحرير سند بالدين يعتبر حالة خاصة من حالات إقرار المدين بالدين.

وقد راعىٰ المشروع في هذا التعديل أن قرينة الوفاء هي الاعتبار الأساسي الذي يقوم عليه حكم عدم سماع الدعوىٰ، بالنسبة إلىٰ الديون التي تتقادم بمدة تقل عن خمس عشرة سنة، سواء كانت هذه المدة خمس سنوات أو سنة واحدة، وذلك نظرًا إلىٰ طبيعة هذه الديون التي لا يؤلف أن يسكت عنها أصحابها مدة طويلة، فإذا انقطعت المدة بإقرار المدين انتفت هذه القرينة، وأصبح الدين في عداد الديون العادية، التي لا تسمع الدعوىٰ فيها بعد انقضاء خمس عشرة سنة.

فكما تنتفي قرينة الوفاء في حالة الحكم بالدين، فإنها تنتفي كذلك في حالة انقطاع المدة بالإقرار، وكما أن الحكم يقوي الالتزام، ويمده بسبب جديد للبقاء، فلا يمتنع سماع الدعوىٰ به إلا بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور الحكم، فكذلك الحال

بالنسبة إلىٰ الإقرار، فلا يمتنع سماع الدعوىٰ بالدين المقر به إلا بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور الإقرار، حيث تزول عن الدين صفته الأولىٰ، فتسري في شأنه مدة عدم سماع الدعوىٰ في الأصل، وهي خمس عشرة سنة، وبذلك يغدو هذا الحكم متسقًا مع ما تقرره المادة (370/ 2) من المشروع، من أنه إذا حرر سند بحق من هذه الحقوق، فلا يمتنع سماع الدعوىٰ به إلا بانقضاء خمس عشرة سنة.

3- أغفل النص المقترح ما ورد في نص التقنين الحالي من جعل الدين المحكوم به، فيما تضمن من التزامات دورية متجددة لا تستحق الأداء إلا بعد صدور الحكم، يتقادم بخمس سنوات لا بخمس عشرة سنة، وذلك نظرًا إلىٰ أن هذا ليس إلا تطبيقًا للقواعد العامة، فيؤخذ به دون حاجة إلىٰ النص عليه.

والمادة المقترحة تقابل المادة (439) من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي:

«1- إذا انقطعت المدة المقررة لعدم سماع الدعوىٰ، بدأت مدة جديدة كالمدة الأولىٰ.

2- علىٰ أنه إذا حكم بالدين وحاز الحكم درجة الثبات، أو إذا كانت المدة المقررة لعدم سماع الدعوىٰ سنة واحدة، وانقطعت بإقرار المدين - كانت المدة الجديدة خمس عشرة سنة».

وتقابل المادة (461) من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي:

«1- إذا انقطعت المدة المقررة لعدم سماع الدعوىٰ، بدأت مدة جديدة كالمدة الأولىٰ.

2- ولا يسقط الحق مهما كان نوعه إذا قضت به المحكمة بحكم لا يقبل الطعن».

وتتفق مع المادة (450) من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي:

«1- إذا انقطعت المدة المقررة لعدم سماع الدعوىٰ - بدأت مدة جديدة من وقت انتهاء الأثر المترتب علىٰ سبب الانقطاع، وتكون المدة الجديدة مماثلة للمدة الأولىٰ.

2- **ومع ذلك فإن المدة الجديدة تكون خمس عشرة سنة في الأحوال الآتية:**

«1- إذا انقطعت المدة المقررة لعدم سماع الدعوىٰ، بدأت مدة جديدة من وقت انتهاء الأثر المترتب علىٰ سبب الانقطاع، وتكون المدة الجديدة مماثلة للمدة الأولىٰ.

2- إذا حكم بالحق وحاز الحكم قوة الأمر المقضي، وذلك فيما عدا ما يتضمنه الحكم من التزامات دورية متجددة، وتكون مستحقة الأداء بعد صدوره.

(ب) إذا كان الحق مما لا تسمع به الدعوىٰ بمرور خمس سنوات وفقًا للمادة (440)، أو بمرور سنة واحدة وفقًا للمادة (442)، وانقطعت المدة بإقرار المدين.

انظر في الفقه الإسلامي: المادتين (160) و (161) من مرشد الحيران، وهما تتضمنان إقرارًا ضمنيًّا بحق واضع اليد في دعوىٰ الملك، الأمر الذي يحول دون سماع الدعوىٰ رغم عدم مضي خمس عشرة سنة.

مادة (378): لا ينقضي الحق بمرور الزمان، فإذا أقر المدين بالحق أمام القضاء أخذ بإقراره وإذا أنكر المدين الحق، فلم تسمع الدعوىٰ ضده، تخلف في ذمته التزام طبيعي.

هذه المادة تقابل الفقرة الأولىٰ من المادة (386) من التقنين الحالي، التي تنص علىٰ ما يأتي: «يترتب علىٰ التقادم انقضاء الالتزام، ومع ذلك يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعي».

ويخالف النص المقترح نص التقنين الحالي من وجهين:

(1) يقرر النص المقترح أن الحق لا ينقضي بمرور الزمان، وذلك علىٰ خلاف التقنين الحالي الذي ينص علىٰ انقضاء الالتزام بالتقادم.

(2) يقضي النص المقترح بأنه إذا أقر المدين بالحق أمام القضاء فإنه يؤخذ بإقراره دون اعتبار لمرور الزمن، وذلك علىٰ خلاف التقنين الحالي، الذي يخول المدين الحق في أن يتمسك بالتقادم رغم إقراره بالدين، وذلك بالنسبة إلىٰ الحقوق الدورية المتجددة.

ذلك أن النص المقترح يبدأ بتقرير القاعدة الأساسية التي تأخذ بها الشريعة الإسلامية، والتي تستند إلىٰ الحديث الشريف الذي يقول: «**لا يبطل حق امرئ مسلم وإن قدم**». تلك القاعدة التي نصت عليها المجلة، فقضت بأن الحق لا يسقط بتقادم الزمان (م (1674) مجلة).

ويترتب على هذه القاعدة الأساسية نتيجتان هامتان وردتا في النص المقترح:

الأولىٰ: أنه إذا أقر المدين بالحق أمام القضاء فإنه يؤخذ بإقراره دون اعتبار لمرور الزمن. وقد نصت المادة (1674) من المجلة علىٰ هذه النتيجة، حيث إنه بالإقرار تنتفي قرينة الوفاء التي يقوم عليها عدم سماع الدعوىٰ، كما تنتفي الاعتبارات الأخرىٰ التي تبرر عدم السماع.

والثانية: أنه إذا أنكر المدين رغم عدم الوفاء، فلم تسمع الدعوىٰ ضده، تخلف في ذمته التزام طبيعي، حيث تظل ذمة المدين مشغولة بالدين، الأمر الذي ينافي ما يقرره التقنين الحالي من أن الالتزام ينقضي بالتقادم، فإذا قام المدين بالوفاء بعد تمسكه بعدم سماع الدعوىٰ وقع وفاؤه صحيحًا، ولو لم يكن عن بينة، بمعنىٰ أنه لا يستطيع أن يسترد ما أداه، ولو كان قد وقع في غلط بأن اعتقد عند الوفاء أنه ملزم بأداء الدين.

والمادة المقترحة تقابل المادة (440) من التقنين العراقي التي تنص علىٰ ما يأتي: «لا يسقط الحق بمرور الزمان، فإذا أقر المدعىٰ عليه بالحق أمام المحكمة أخذ بإقراره، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك».

وتقابل ما جاء في صدر المادة (449) من التقنين الأردني من أنه: «لا ينقضي الحق بمرور الزمان...».

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (1674) من المجلة علىٰ ما يأتي: «لا يسقط الحق بتقادم الزمان، بناءً عليه إذا أقر واعترف المدعىٰ عليه صراحة في حضور الحاكم بأنه للمدعي عنده حق في الحال، في دعوىٰ وجد فيها مرور الزمان بالوجه الذي ادعاه المدعي، فلا يعتبر مرور الزمان ويحكم بموجب إقرار المدعىٰ عليه...»، وهذا النص يطابق في خصوص ما تناوله ما جاء في النص المقترح.

> **مادة (379)**: إذا لم تسمع الدعوىٰ بالحق، فلا تسمع بملحقاته، ولو لم تكتمل المدة المقررة لعدم سماعها بهذه الملحقات.

هذه المادة تقابل الفقرة الثانية من المادة (386) من التقنين الحالي، التي تنص علىٰ ما يأتي: «إذا سقط الحق بالتقادم سقطت معه الفوائد وغيرها من الملحقات، ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بهذه الملحقات».

ويخالف النص المقترح نص التقنين الحالي من وجهين:

(1) يتحدث النص المقترح عن عدم سماع الدعوىٰ بالحق، وذلك علىٰ خلاف التقنين الحالي الذي يتحدث عن سقوط الحق بالتقادم.

(2) يقتصر النص المقترح علىٰ ذكر كلمة: «الملحقات»، بدلًا من عبارة: «الفوائد وغيرها من الملحقات»، التي وردت في التقنين الحالي، وبذلك أمكن تلافي ذكر الفوائد التي عني التقنين الحالي بذكرها دون غيرها من الملحقات.

فعدم سماع الدعوىٰ بالحق يستتبع عدم سماعها بملحقاته من كفالة ورهن رسمي وحق امتياز ونحو ذلك، فتبرأ ذمة الكفيل، ويمتنع سماع الدعوىٰ بالرهن والامتياز، حيث يزول التابع بزوال الأصل، ويبقىٰ التابع ما بقي الأصل، ولو اكتملت بالنسبة إلىٰ التابع مدة عدم سماع الدعوىٰ. فإذا كانت الدعوىٰ ما زالت تسمع بالدين الأصلي بسبب انقطاع المدة مثلًا، فإن ضماناته تبقىٰ ولو اكتملت بالنسبة إليها مدة عدم سماع الدعوىٰ.

والمادة المقترحة تطابق في حكمها المادة (462) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ أن: «عدم سماع الدعوىٰ بالحق لمرور الزمان يستتبع عدم سماعها بتوابعه، ولو لم تكتمل المدة المقررة لعدم سماع الدعوىٰ بهذه التوابع».





الكتاب الثاني[1]

العقــود المسمــاة

() سقطت المادتان (380، 381) من الأصل.

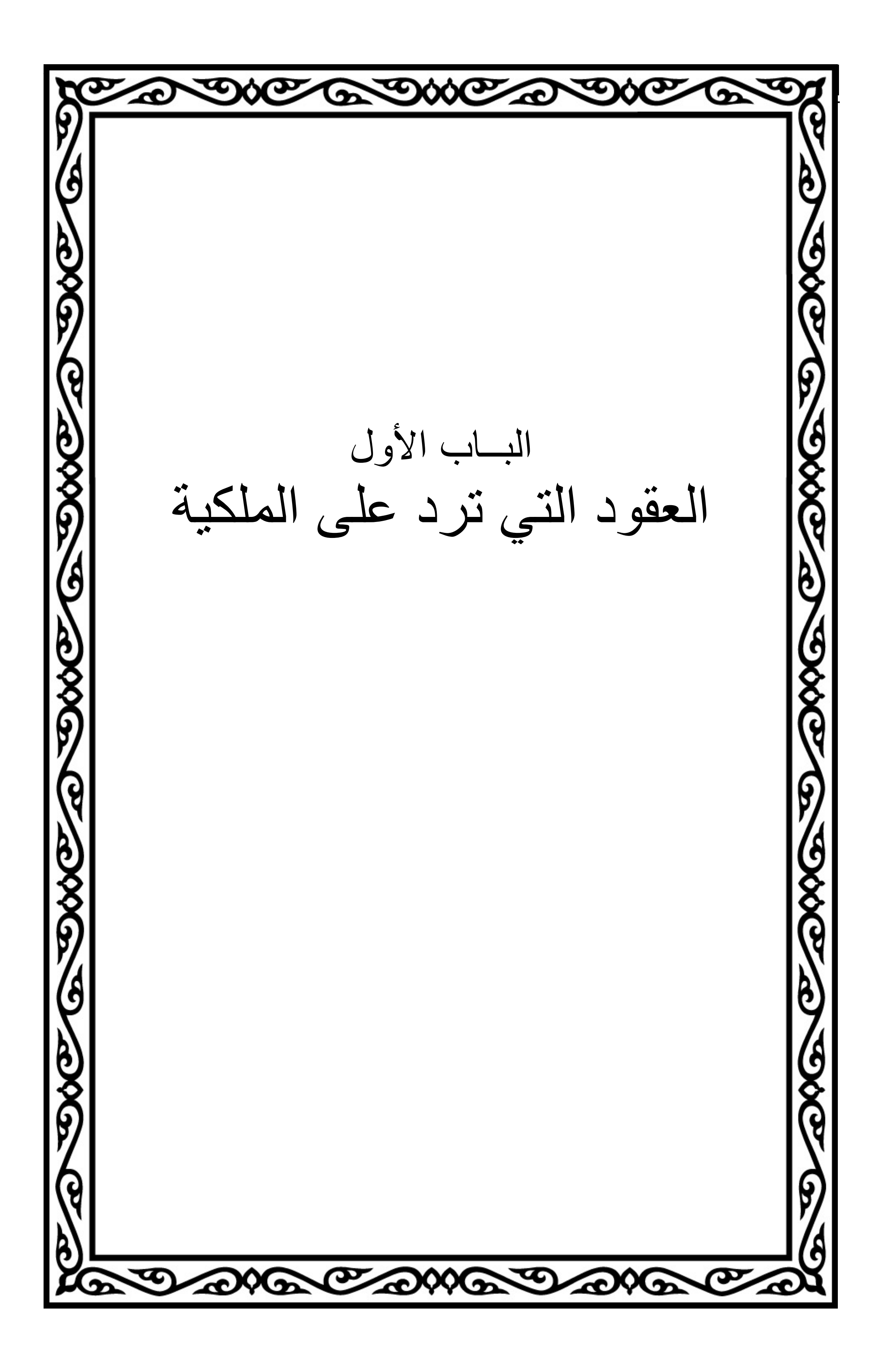
نظرة عامة:

يسير المشروع في هذا الصدد علىٰ نهج التقنين الحالي، فيرتب العقود المسماة ترتيبًا منطقيًّا علىٰ أساس محل العقد، وبذلك تنقسم هذه العقود إلىٰ عقود ترد علىٰ الملكية، وعقود ترد علىٰ المنفعة، وعقود ترد علىٰ العمل، وعقود تعاون، وأخيرًا عقد الكفالة باعتباره عقد ضمان شخصي، فلا يدخل في العقود المتقدمة، ويجب في الوقت ذاته أن ينفصل عن عقدي الضمان العيني، وهما عقد الرهن وعقد رهن الحيازة.

وقد رأينا - فيما تقدم - أن للالتزام محلًّا وللعقد محلًّا آخر، فمحل الالتزام هو الأداء الذي يجب علىٰ المدين أن يقوم به لصالح الدائن، أما محل العقد فهو العملية القانونية المقصودة من العقد. وإذا كان أثر العقد هو إنشاء التزامات، فإن هذه الالتزامات ترمي في مجموعها إلىٰ تحقيق العملية القانونية المقصودة من العقد، وبهذا يتميز محل العقد عن محل الالتزام، كما يخضع كل منهما لأحكام غير التي يخضع لها الآخر.

ومن ثم جرىٰ المشروع علىٰ أن ينوه في تعريف كل عقد بالمحل الذي ينصب عليه، أي العملية القانونية المقصودة من العقد باعتبارها العنصر الجوهري المكون له، دون ذكر للالتزام الذي يترتب عليه، وهو بذلك يخالف ما جرىٰ عليه التقنين الحالي، نظرًا إلىٰ أن التعريف يجب أن يتناول العناصر الجوهرية المكونة للعقد.





البــاب الأول

العقود التي ترد على الملكية

الفصل الأول
البيع

الفرع الأول
البيع بوجه عام

أركان البيع:

مادة (382): البيع عقد تنتقل بمقتضاه ملكية شيء أو حق مالي آخر في مقابل ثمن نقدي.

هذه المادة تقابل المادة (418) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ أن: «البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل إلىٰ المشتري ملكية شيء أو حقًّا ماليًّا آخر في مقابل ثمن نقدي».

ويؤخذ علىٰ نص التقنين الحالي أنه يعرف البيع بالأثر الذي يترتب عليه، وهو التزام البائع بنقل الملكية، مع أن التعريف يجب أن يتناول العناصر المكونة للعقد، وهي تتركز في اتجاه إرادة الطرفين إلىٰ تحقيق عملية قانونية معينة هي محل العقد، والعملية القانونية المقصودة من البيع هي انتقال ملكية شيء، أو انتقال حق مالي آخر من البائع إلىٰ المشتري، حيث يرتب عقد البيع التزامات علىٰ عاتق كل من الطرفين، وهذه الالتزامات ترمي في مجموعها إلىٰ تحقيق العملية القانونية المقصودة من العقد.

ولهذا جاء في التعريف المقترح أن مقتضىٰ عقد البيع هو انتقال ملكية شيء أو حق مالي آخر في مقابل ثمن نقدي.

والمادة المقترحة تقابل المادة (454) من التقنين الكويتي التي تنص علىٰ أن: «البيع عقد علىٰ تمليك شيء أو نقل حق مالي لآخر لقاء عوض نقدي».

وتقابل المادة (465) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ أن: «البيع تمليك مال أو حق مالي لقاء عوض».

وتقابل المادتين (506) و(507) من التقنين العراقي.

فالمادة (506) من هذا التقنين تنص علىٰ أن: «البيع مبادلة ماله بمال»، والمادة (507)

من هذا التقنين تنص علىٰ أن: «البيع باعتبار المبيع إما أن يكون بيع العين بالنقد وهو البيع المطلق، أو بيع النقد بالنقد وهو الصرف، أو بيع العين بالعين وهي المقايضة».

وفي هذا العدد يختلف التصوير الفني في الفقه الإسلامي عنه في فقه القانون الوضعي وهو الفقه اللاتيني. ففي الفقه الإسلامي ينتقل الملك بالعقد. أما في الفقه اللاتيني فالعقد ينشئ التزامًا بنقل الملك، ويتم تنفيذ هذا الالتزام فورًا بمجرد نشوئه، فينتقل الملك تنفيذًا للالتزام لا بحكم العقد.

وهذا الاختلاف في التصوير لا يمس الفكرة الجوهرية، وهي أن الحق ينتقل إلىٰ المشتري بالعقد، وقد رئي الأخذ بالتصوير الذي يقول به الفقه الإسلامي؛ لأنه أدق من الناحية الفنية، فإذا كان المبيع معينًا بالذات ومملوكًا للبائع، فإن ملكيته تنتقل إلىٰ المشتري بمجرد العقد، وقد يتطلب الشارع لهذا الانتقال شروطًا خاصة، كالإفراز في المنقول المعين بالنوع والتسجيل في العقار، فلا تنتقل الملكية إلا بتوافر هذه الشروط إعمالًا للقاعدة الأصولية، وهي أن الحكم لا يترتب إلا إذا وجد سببه وتوفرت شروطه، فالسبب هنا هو العقد، وكل من الإفراز والتسجيل شروط لترتيب الحكم (انظر: المذكرة الإيضاحية للمادتين (219، 220) من المشروع).

وقد نصت المادة (531) من التقنين العراقي في هذا المعنىٰ علىٰ أنه: «إذا كان المبيع عينًا معينة بالذات، أو كان قد بيع جزافًا، نقل البيع من تلقاء نفسه ملكية المبيع، وأما إذا كان المبيع لم يعين إلا بنوعه، فلا تنتقل الملكية إلا بالإفراز».

كما نصت المادة (463) من التقنين الكويتي في هذا المعنىٰ علىٰ أنه: «يترتب علىٰ البيع نقل ملكية المبيع إذا كان معينًا بالذات ومملوكًا للبائع، فإن لم يعين المبيع إلا بنوعه لا تنتقل ملكيته إلا بالإفراز، وكل ذلك لم يقضِ القانون أو الاتفاق بغيره ودون إخلال بقواعد التسجيل».

والبيع في الفقه الإسلامي، هو كما تقول المجلة م(105) «مبادلة مال بمال» وهو ما ينص عليه التقنين العراقي م (506)، أو هو كما يقول مرشد الحيران م (343) «تمليك البائع مالًا للمشتري بمال يكون ثمنًا للمبيع». ففي هذا الفقه يصح أن يكون الثمن من غير النقود، فيتسع البيع فيه ليشمل البيع المطلق والمقايضة والصرف والسلم. والبيع

المطلق هو بيع العين بالنقد، والمقايضة هي بيع العين بالعين، والصرف هو بيع النقد بالنقد، والسلم بيع شيء غير موجود بالذات بثمن مقبوض في الحال علىٰ أن يوجد الشيء ويسلم إلىٰ المشتري في أجل معلوم.

والبيع في المشروع هو البيع المتعارف في الفقه الإسلامي، فيجب أن يكون مقابل المبيع ثمنًا نقديًّا. وبذلك يتميز البيع عن المقايضة.

ويتفق النص المقترح مع ما تنص عليه المادة الأولىٰ من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة، حيث تقول: «البيع هو مبادلة مال غير نقدي بمال نقدي علىٰ وجه التراضي».

مادة (383): لا يصح أن يكون البيع احتماليًّا جزافًا، فإذا ورد البيع علىٰ شيء مستقبل، وجب أن يعين هذا الشيء تعيينًا نافيًا للجهالة والغرر، فتذكر أوصافه الأساسية ومقداره، ولا يدفع المشتري من الثمن إلا بمقدار ما يأخذ من المبيع.

هذه المادة مستحدثة.

وهي تطبيق للقاعدة الواردة في المادة (119/ 2) من المشروع، التي تنص علىٰ أنه: «يجوز أن يكون المعقود عليه شيئًا مستقبلًا إذا عين تعيينًا نافيًا للجهالة والغرر». فالنهي عن بيع المعدوم في الفقه الإسلامي إنما هو للغرر لا للعدم، فإذا كان التعامل في الشيء المستقبل احتماليًّا جزافًا، فإنه يكون باطلًا؛ لما فيه من الغبن والغرر، أما إذا كان التعامل غير جزافي، بحيث لا يدفع المشتري من الثمن إلا بمقدار ما يأخذ من المبيع - فلا يكون هناك غبن ولا غرر، ومن ثم يصح التعامل، ويتحقق ذلك إذا وجد الشيء في المستقبل وكان معينًا تعيينًا نافيًا للجهالة والغرر، فتذكر أوصافه الأساسية كما يذكر مقداره بما يقابله من الثمن، ولا يدفع المشتري من الثمن إلا بمقدار ما يأخذ من المبيع.

وقد أريد بالنص علىٰ هذا التطبيق إيضاح حكم هام يحرص عليه الفقه الإسلامي؛ لما يخشاه من غرر في الصفقة. وهو يتناول صورًا كثيرًا ما تقع في الحياة العملية، كما في بيع ثمار حديقة قبل الطلوع أو قبل النضوج، وقد يكون ذلك لعدة سنوات مستقبلة، وكما في بيع سلعة قبل صنعها، وكما في بيع شقة للسكنىٰ أو لغرض آخر قبل البناء. ففي

مثل هذه الحالات يجب أن يوجد الشيء المتعاقد عليه في المستقبل، وأن يكون قد تم تعيينه علىٰ نحو تنتفي معه الجهالة والغرر وفقًا لما تقدم ذكره. فإذا لم يوجد الشيء علىٰ الصفة التي تم عليها التعاقد وقع العقد باطلًا.

انظر: المادة (119) من المشروع، والنصوص المقابلة لها في التقنينات العربية الأخرىٰ، والمراجع الفقهية في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة.

مادة (384):

1- يجب أن يكون المشتري عالمًا بالمبيع علمًا كافيًا، وإلا كان له طلب إبطال البيع، فإذا لم يرَ المشتري المبيع، وجب أن يشتمل العقد علىٰ بيان المبيع وأوصافه الأساسية بيانًا يمكن من تعرفه.

2- وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع، فلا يحق له طلب إبطال البيع بدعوىٰ عدم علمه به، إلا إذا أثبت تدليس البائع.

3- ويسقط حق المشتري في طلب الإبطال إذا مضىٰ علىٰ البيع وقت كافٍ للوقوف علىٰ حالة المبيع دون أن يصدر منه ما يدل علىٰ عدم رضائه به.

هذه المادة تقابل المادة (419) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1 - يجب أن يكون المشتري عالمًا بالمبيع علمًا كافيًا. ويعتبر العلم كافيًا إذا اشتمل العقد علىٰ بيان المبيع وأوصافه الأساسية بيانًا يمكن من تعرفه.

2- وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع، سقط حقه في طلب إبطال البيع بدعوىٰ عدم علمه به، إلا إذا أثبت تدليس البائع».

وقد أدخل على نص التقنين الحالي التعديلات الآتية:

أولًا: أضيف إلىٰ الفقرة الأولىٰ الجزاء الذي يترتب علىٰ عدم العلم بالمبيع، وهو حق المشتري في طلب إبطال العقد، زيادة في الإيضاح، كما عدلت العبارة الأخيرة من هذه الفقرة علىٰ نحو يتضح فيه أن الأصل في العلم بالمبيع هو رؤيته، وإن ذكر الأوصاف الأساسية للمبيع يقوم مقام الرؤية.

ثانيًا: إجراء تعديل لفظي بسيط في الفقرة الثانية.

ثالثًا: إضافة فقرة ثالثة تقضي بسقوط حق المشتري في طلب الإبطال إذا مضىٰ علىٰ البيع وقت كافٍ للوقوف علىٰ حالة المبيع دون أن يصدر منه ما يدل علىٰ رضائه به، وذلك حسمًا للموقف مراعاة لاستمرار التعامل، وحتىٰ لا يظل مصير العقد معلقًا مدة أكثر مما يلزم في الحالات التي يتعذر فيها استخلاص النزول الضمني من جانب المشتري عن خياره، ويتفق حكم هذه الفقرة مع ما يقول به الفقه الإسلامي في مذهب الإمام أحمد، حيث تنص المادة (18) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ هذا المذهب علىٰ أنه: «إذا وجد المشتري المبيع علىٰ غير ما رآه أو وصف له فله الفسخ علىٰ التراخي ولا يسقط خياره ما لم يوجد منه ما يدل علىٰ رضاه». ولا شك أن السكوت مدة تكفي للوقوف علىٰ حالة المبيع دون أن يصدر ما يدل علىٰ عدم الرضاء به بعد رضىً.

ووجوب علم المشتري بالمبيع علمًا كافيًا - هو تطبيق لأحكام خيار الرؤية في الفقه الإسلامي، ففي هذا الفقه وبخاصة المذهب «الحنفي» يثبت للمشتري الذي لم يرَ المبيع خيار الرؤية، حيث يستطيع المشتري بموجبه أن ينقض البيع ويرد المبيع إذا رآه فوجده علىٰ خلاف ما يظن.

انظر: البدائع (ج5/ ص292)، فتح القدير (ج5/ ص140)، المبسوط للسرخسي (ج13/ ص68 - 70)، المغني (ج4/ ص74 - 90)، وانظر: م (200 - 204و 320 - 325) من المجلة، وم (339 - 341) من مرشد الحيران، والسنهوري، الوسيط (ج4/ في البيع فقرة 61 - 65)، ومصادر الحق في الفقه الإسلامي (ج4/ ص248 - 267)، وانظر كذلك: مجلة الأحكام الشرعية في الفقه الحنبلي: م (269).

والمادة المقترحة تقابل المادة (456) من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي:

«1 - يجب أن يكون المبيع معلومًا للمشتري علمًا كافيًا، وإلا كان له الحق في طلب إبطال البيع.

2- ويعتبر علمًا كافيًا بالمبيع اشتمال العقد علىٰ بيان أوصافه الأساسية، بيانًا يمكن من تعرفه.

3- وإذا ذكر في العقد أن المشتري عالم بالمبيع، لا يكون له طلب إبطال البيع بدعوىٰ عدم علمه به، إلا إذا أثبت تدليس البائع.

4 – وإذا تسلم المبيع ولم يعترض عليه خلال فترة معقولة – اعتبر ذلك قبولًا له».

وتقابل المواد (466 – 469) من التقنين الأردني.

فالمادة (466) تنص على ما يأتي:

«1 – يشترط أن يكون المبيع معلومًا عند المشتري علمًا نافيًا للجهالة الفاحشة.

2 – يكون المبيع معلومًا عند المشتري ببيان أحواله وأوصافه المميزة له، وإذا كان حاضرًا تكفي الإشارة إليه.

والمادة (467) تنص علىٰ ما يأتي: «إذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع علمًا كافيًا، فلا حق له في طلب إبطال العقد لعدم العلم، إلا إذا أثبت تدليس البائع».

والمادة (468) تنص على ما يأتي:

«1 – إذا كان البيع بالنموذج تكفي فيه رؤيته، ووجب أن يكون المبيع مطابقًا له.

2 – فإذا ظهر أنه غير مطابق فإن المشتري يكون مخيرًا إن شاء قبله وإن شاء رده».

والمادة (469) تنص على ما يأتي:

«1 – إذا اختلف المتبايعان في مطابقة المبيع للنموذج، وكان النموذج والمبيع موجودين – فالرأي لأهل الخبرة، وإذا فقد النموذج في يد أحد المتبايعين، فالقول في المطابقة أو المغايرة للطرف الآخر ما لم يثبت خصمه العكس.

2 – وإذا كان النموذج في يد ثالث باتفاق الطرفين فَفُقِد وكان المبيع معينًا بالذات ومتفقًا علىٰ أنه هو المعقود عليه – فالقول للبائع في المطابقة ما لم يثبت المشترىٰ العكس، وإذا كان المبيع معينًا بالنوع أو معينًا بالذات وغير متفق علىٰ أنه هو المعقود عليه – فالقول للمشتري في المغايرة ما لم يثبت البائع العكس».

وتقابل المواد (517 – 523) من التقنين العراقي.

فالمادة (517) تنص على ما يأتي:

«1 – كل من اشترىٰ شيئًا لم يرَهُ كان له الخيار حين يراه، فإن شاء قبله، وإن شاء فسخ البيع، ولا خيار للبائع فيما باعه ولم يرَهُ.

2 – والمراد بالرؤية الوقوف علىٰ خصائص الشيء ومزاياه بالنظر أو اللمس أو الشم أو السمع أو المذاق».

والمادة (518) تنص على ما يأتي:

«1 - الأشياء التي تباع علىٰ مقتضىٰ نموذجها تكفي رؤية النموذج منها، فإن ثبت أن المبيع دون النموذج الذي اشترىٰ علىٰ مقتضاه، كان المشتري مخيرًا بين قَبوله بالثمن المسمىٰ، أو رده بفسخ البيع.

2- فإذا تعيب النموذج أو هلك في يد أحد المتعاقدين، ولو دون خطأ منه، كان علىٰ هذا المتعاقد بحسب ما يكون بائعًا أو مشتريًا أن يثبت أن الأشياء مطابقة للنموذج أو غير مطابقة له».

والمادة (519) تنص على ما يأتي:

«1 - إذا بيعت جملة أشياء متفاوتة صفقة واحدة، فلا بد للزوم البيع من رؤية كل واحدة منها علىٰ حدة.

2- وإذا كان المشتري رأىٰ بعضها، فمتىٰ رأىٰ الباقي جاز له أخذ جميع الأشياء أو ردها جميعًا، وليس له أن يأخذ ما رآه ويترك الباقي».

والمادة (520) تنص على ما يأتي:

«1 - إذا وصف شيء للأعمىٰ وعرف وصفه ثم اشتراه، لا يكون مخيرًا.

2- ويسقط علىٰ كل حال خيار الأعمىٰ بلمس الأشياء التي تعرف باللمس وشم المشمومات وذوق المذوقات».

والمادة (521) تنص علىٰ أن: «الوكيل بشراء شيء، والوكيل بقبضه رؤيتهما كرؤية الأصيل، أما الرسول فلا تسقط رؤيته خيار المشتري».

والمادة (522) تنص علىٰ أن: «من رأىٰ شيئًا بقصد الشراء، ثم اشتراه بعد مدة وهو يعلم أنه الشيء الذي كان قد رآه، فلا خيار له إلا إذا وجد الشيء قد تغير عن الحال التي رآه فيه».

والمادة (523) تنص على ما يأتي:

«1 - يسقط خيار الرؤية بموت المشتري، وبتصرفه في المبيع قبل أن يراه، وبإقراره في عقد البيع أنه قد رأىٰ الشيء وقبله بحالته، وبوصف الشيء في عقد البيع وصفًا يقوم مقام الرؤية، وظهوره علىٰ الصفة التي وصفت، وبتعيب المبيع أو هلاكه بعد القبض، وبصدور ما يبطل الخيار قولًا أو فعلًا من المشتري قبل الرؤية أو بعدها، ويمضي وقت

كافٍ يمكن المشتري من رؤية الشيء دون أن يراه.

2- وللبائع أن يحدد للمشتري أجلًا مناسبًا يسقط بانقضائه الخيار إذا لم يرد المبيع في خلال هذه المدة».

مادة (385):

1- إذا كان البيع على مقتضى نموذج معين، وجب أن يكون المبيع مطابقًا له.

2- وإذا تلف النموذج أو هلك في يد أحد المتعاقدين، ولو دون خطأ منه - كان على هذا المتعاقد بائعًا كان أو مشتريًا أن يثبت أن الشيء مطابق للنموذج أو غير مطابق له.

هذه المادة تطابق المادة (420) من التقنين الحالي مع تعديل لفظي، حيث تنص على ما يأتي:

«1 - إذا كان البيع بالعينة، وجب أن يكون المبيع مطابقًا لها.

2- وإذا تلفت العينة أو هلكت في يد أحد المتعاقدين، ولو دون خطأ، كان على المتعاقد بائعًا كان أو مشتريًا أن يثبت أن الشيء مطابق للعينة أو غير مطابق».

ويتفق حكم المادة المقترحة مع الفقه الإسلامي في مذاهبه المختلفة، حيث أجاز جمهور الفقهاء البيع بالنموذج (بالعينة)، وقرروا الاكتفاء برؤية ما يدل على العلم بالمقصود، فإذا وجد المبيع مطابقًا للنموذج كان البيع لازمًا، وإلا كان للمشتري الخيار، إن شاء قبل المبيع وإن شاء فسخ البيع، كما ذهب بعض الفقهاء إلى وجوب الاحتفاظ بالنموذج؛ ليكون كالشاهد عند تنازع المتبايعين في موافقة المبيع له، واعتبار من تلف في يده النموذج مدعيًا عليه عبء الإثبات مما يوافق النص المقترح، فقد نصت المادة (325) من المجلة على أن: «ما بيع على مقتضى الأنموذج إذا ظهر دون الأنموذج، يكون المشتري مخيرًا إن شاء قبله وإن شاء رده» وجاء في نهاية المحتاج (ج3/ ص 404): «وتكفي رؤية المبيع الدال على باقيه نحو الأنموذج المتماثل ويسمى بالعينة». وجاء في مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك في المادة (38) أنه: «يجوز بيع الشيء على اللزوم أو على الخيار بناءً على رؤية بعضه سواء أكان مثليًّا أم مقومًا. ويجب الاحتفاظ

بالبعض المرئي ليكون كالشاهد عند تنازع المتبايعين في موافقة باقي المبيع للبعض المرئي»، ومع ذلك فقد خالف الحنابلة جمهور الفقهاء، فقالوا بعدم جواز بين الأنموذج (انظر: مجلة الأحكام الشرعية على المذهب الحنبلي: م (308) وشرح منتهى الإرادات ج 2/ ص 9).

والمادة المقترحة تطابق المادة (457) من التقنين الكويتي مع اختلاف لفظي، حيث تنص على ما يأتي:

«1 - إذا كان البيع بالعينة، انعقد البيع على مبيع مطابق لها.

2- فإذا تلفت العينة أو هلكت في يد أحد المتعاقدين، كان عليه إثبات المطابقة أو المغايرة، ولو كان التلف أو الهلاك بغير خطئه».

وتقابل المادة (518) من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي:

«1 - الأشياء التي تباع على مقتضى نموذجها تكفي رؤية النموذج منها. فإن ثبت أن المبيع دون النموذج الذي اشتري على مقتضاه - كان المشتري مخيرًا بين قبوله بالثمن المسمى أو رده بفسخ البيع.

2- فإذا تعيب النموذج أو هلك في يد أحد المتعاقدين، ولو دون خطأ منه - كان على المتعاقد بحسب ما يكون بائعًا أو مشتريًا - أن يثبت أن الأشياء مطابقة للنموذج، أو غير مطابقة له».

وتقابل المادتين (468 و469) من التقنين الأردني.

فالمادة (468) تنص على ما يأتي:

«1 - إذا كان البيع بالنموذج تكفي فيه رؤيته، ووجب أن يكون المبيع مطابقًا له.

2- فإذا ظهر أنه غير مطابق له فإن المشتري يكون مخيرًا إن شاء قبله، وإن شاء رده».

والمادة (469) تنص على ما يأتي:

1- إذا اختلف المتبايعان في مطابقة المبيع للنموذج، وكان النموذج والمبيع موجودين، فالرأي لأهل الخبرة. وإذا فقد النموذج في يد أحد المتبايعين، فالقول في المطابقة أو المغايرة للطرف الآخر ما لم يثبت خصمه العكس.

2- وإذا كان النموذج في يد ثالث باتفاق الطرفين ففقد، وكان المبيع معينًا بالذات ومتفقًا على أنه هو المعقود عليه - فالقول للبائع في المطابقة ما لم يثبت المشتري العكس،

وإن كان المبيع معينًا بالنوع أو معينًا بالذات وغير متفق على أنه هو المعقود عليه - فالقول للمشتري في المغايرة ما لم يثبت البائع العكس.

ويتضح من النصوص المذكورة ما يأتي:

(1) أن المادة المقترحة تتفق في حكمها مع التقنين المصري الحالي والتقنين الكويتي.

(2) أن أحكام التقنين العراقي والتقنين الأردني لا تختلف عن أحكام التقنين المصري الحالي، ولا عن أحكام المادة المقترحة إلا في الجزء الذي يترتب على عدم مطابقة المبيع للنموذج. فهذا الجزء في التقنين العراقي وفي التقنين الأردني - الفسخ أو الأخذ بالثمن المسمى. أما في التقنين المصري الحالي وفي المادة المقترحة فالجزاء الفسخ أو إنقاص الثمن أو إجبار البائع على تقديم شيء مطابق للنموذج».

مادة (386):

1- في البيع بشرط التجربة أو المذاق يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه، وعلى البائع أن يمكنه من التجربة أو المذاق، فإذا رفض المشتري المبيع وجب أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليها، فإن لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع، فإذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع أو مذاقه - اعتبر سكوته قَبولًا.

2- ويعتبر البيع بشرط التجربة أو المذاق معلقًا على شرط واقف هو قَبول المبيع، إلا إذا تبين من الاتفاق أو العرف أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ.

هذه المادة تقابل المادتين (421) و(422) من التقنين الحالي.

فالمادة (421) من هذا التقنين تنص على ما يأتي:

«1 - في البيع بشرط التجربة يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه، وعلى البائع أن يمكنه من التجربة، فإذا رفض المشتري المبيع وجب أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليها، فإن لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع، فإذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولًا.

2- ويعتبر البيع بشرط التجربة معلقًا على شرط واقف هو قبول المبيع، إلا إذا تبين

من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق علىٰ شرط فاسخ».

والمادة (422) من هذا التقنين تنص على ما يأتي:

«إذا بيع الشيء بشرط المذاق كان للمشتري أن يقبل البيع إن شاء، ولكن عليه أن يعلن هذا القبول في المدة التي يعينها الاتفاق أو العرف، ولا ينعقد البيع إلا في الوقت الذي يتم فيه هذا الإعلان».

وقد رئي إدماج هاتين المادتين في مادة واحدة علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة؛ لتوحيد الحكم في بيع التجربة وبيع المذاق، إذ لا مسوغ للتفرقة بينهما في الحكم.

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة (462) من التقنين الكويتي التي تنص علىٰ ما يأتي: «يجوز اشتراط التجربة أو المذاق، في مدة معقولة، لقبول البيع أو رفضه، فإن سكت المتبايعان عن تحديد المدة في العقد، حملت علىٰ المدة المعتادة فإذا انقضت المدة ولم يعلن المشتري رفضه، مع تمكنه من تجربة المبيع أو مذاقه اعتبر سكوته قبولًا».

وتقابل المادتين (524 و525) من التقنين العراقي، وهما مطابقتان للمادتين (421 و422) من التقنين المصري الحالي.

وتقابل المواد (470 - 477) من التقنين الأردني، ونورد فيما يلي من هذه المواد نصوص المواد (470 و471 و477).

فالمادة (470) من هذا التقنين تنص على ما يأتي:

«1 - يجوز البيع بشرط التجربة مع الاتفاق علىٰ مدة معقولة، فإن سكت المتبايعان عن تحديدها في العقد، حملت علىٰ المدة المعتادة.

2- ويلتزم البائع بتمكين المشتري من التجربة».

والمادة (471) تنص على ما يأتي:

«1 - يجوز للمشتري في مدة التجربة إجازة البيع أو رفضه ولو لم يجرب المبيع، ويشترط في حالة الرفض إعلام البائع.

2- إذا انقضت مدة التجربة، وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع - اعتبر سكوته قَبولًا ولزم البيع».

والمادة (477) تنص علىٰ ما يأتي: «تسري أحكام البيع بشرط التجربة علىٰ البيع بشرط

المذاق، إلا أن خيار المذاق لا يورث».

وقد واجه الفقه الإسلامي كلًّا من بيع التجربة وبيع المذاق بالبيع مع خيار الشرط م(300 – 309) من المجلة، وم (329 – 338) من مرشد الحيران). ذلك أن خيار الشرط أوسع من كل من بيع التجربة وبيع المذاق، ومن ثم يكون هذان البيعان صورتين خاصتين من صور خيار الشرط. ولذلك فإن التقنين العراقي، حينما سار علىٰ نهج الفقه الإسلامي في هذا الصدد – لم يقتصر علىٰ النصوص المتعلقة ببيع التجربة وبيع المذاق، بل أورد إلىٰ جانبها نصوصًا متعلقة بخيار الشرط م (509 – 513)، وفي الفقه الإسلامي أيضًا البيع علىٰ سوم الشراء م (298) من المجلة، والبيع علىٰ سوم النظر م (299) من المجلة.

ولم يحدد الحنابلة مدة لخيار الشرط، فيجوز عندهم لأية مدة معلومة وإن طالت، وحدد المالكية المدة بحسب نوع البيع، وبهذين الرأيين أخذ المشروع، فإذا لم يكن هناك اتفاق علىٰ مدة حملت علىٰ المدة المعتادة، والمالكية يعتبرون البيع مع خيار الشرط بيعًا معلقًا علىٰ شرط واقف، فلا يجيزون للمشتري أن ينتفع بالمبيع في مدة الخيار إلا بقدر ما يحصل به اختبار حاله وتجربته فيما يراد له علىٰ الوجه المتعارف (م(82) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك). أما الحنفية فيعتبرون هذا البيع معلقًا علىٰ شرط فاسخ (م (335) من مرشد الحيران)، وقد أحاط المشروع في النص المقترح بهذين الرأيين.

مادة (387):

1– يجوز أن يقتصر تقدير الثمن علىٰ بيان الأسس التي يعين بمقتضاها فيما بعد.

2– وإذا ترك تقدير الثمن لأجنبي عن العقد، فلا ينعقد العقد إلا إذا رضي المتعاقدان بهذا التقدير.

الفقرة الأولىٰ من هذه المادة تطابق الفقرة الأولىٰ من المادة (423) من التقنين الحالي، مع استبدال كلمة: «يعين» بكلمة: «يحدد».

وحكم هذه الفقرة يخالف ما هو مجمع عليه في فقه القانون الوضعي وفقه القانون الغربي عامة. وقد روعي فيه أن ترك تقدير الثمن لأجنبي يجعله غير معلوم للعاقدين عند التعاقد، وهو ما يرفضه الفقه الإسلامي، نظرًا لما ينطوي عليه من جهالة، وإذا كانت

هناك أمور أخرىٰ تصلح.

والفقرة الثانية من هذه المادة مستحدثة.

أساسًا لتقدير الثمن، كالبيع بسعر السوق أو بالسعر المتداول في التجارة أو الذي جرىٰ عليه التعامل بين المتعاقدين، فإن الملحوظ فيه أن تقدير الثمن ليس رهينًا بإرادة شخص معين.

انظر: المادة (238) من المجلة، والمادة (416) من مرشد الحيران، والمادة (24) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أحمد بن حنبل، والمادة (17) من هذا المشروع علىٰ مذهب الإمام الشافعي، والمادة (32) من هذا المشروع علىٰ مذهب الإمام مالك.

والمادة المقترحة تقابل المادة (459) من التقنين الكويتي التي تنص علىٰ ما يأتي:
«يجوز أن يقتصر في تحديد الثمن علىٰ بيان أسس صالحة لتقديره، كما يجوز أن يفوض تحديده إلىٰ طرف ثالث، فإذا لم يحدده لأي سبب، كان الثمن هو ثمن المثل».

وتقابل الفقرة الأولىٰ من المادة (527) من التقنين العراقي التي تنص علىٰ ما يأتي:
«في البيع المطلق يجب أن يكون الثمن مقدرًا بالنقد، ويجوز أن يقتصر التقدير علىٰ بيان الأسس التي يحدد الثمن بموجبها فيما بعد».

وتقابل المادة (479) من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي:

«ويشترط أن يكون الثمن المسمىٰ حين البيع معلومًا، ويكون معلومًا:

1- بمشاهدته والإشارة إليه إن كان حاضرًا.

2- ببيان مقداره وجنسه ووصفه إن لم يكن حاضرًا.

3- بأن يتفق المتبايعان علىٰ أسس صالحة لتحديد الثمن بصورة تنتفي معها الجهالة حين التنفيذ».

ويلاحظ أن التقنين العراقي والتقنين الأردني يأخذان في البيع بالمعنىٰ الواسع الذي أخذ به الفقه الإسلامي، وهو اعتبار البيع مبادلة مال بمال، فأصبحت المقايضة فيهما نوعًا من أنواع البيع، أما البيع بثمن نقدي، فهو ما يسميانه بالبيع المطلق م (527/ 1) عراقي، وم (483) أردني.

مادة (388): إذا اتفق علىٰ أن الثمن هو سعر السوق، وجب أن يكون الثمن سعر السوق في مكان وزمان البيع، فإذا لم يكن في مكان البيع سوق، وجب الرجوع إلىٰ سعر السوق في المكان الذي يقضي العرف بأن تكون أسعاره هي السارية.

هذه المادة تتضمن أحد الأسس التي تجعل الثمن قابلًا للتقدير وذلك حين يتفق المتعاقدان علىٰ أن يكون الثمن هو سعر السوق.

وهي تقابل الفقرة الثانية من المادة (423) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ أنه: «إذا اتفق علىٰ أن الثمن هو سعر السوق، وجب، عند الشك، أن يكون الثمن سعر السوق في المكان والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشتري، فإذا لم يكن في مكان التسليم سوق، وجب الرجوع إلىٰ سعر السوق في المكان الذي يقضي العرف بأن تكون أسعاره هي السارية».

وتقابل الفقرة الثانية من المادة (527) من التقنين العراقي التي تطابق الفقرة الثانية من نص المادة (433) من التقنين الحالي.

وتتفق في حكمها مع المادة (478) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ ما يأتي: «إذا اتفق المتبايعان علىٰ تحديد الثمن بسعر السوق، فيعتبر سعر السوق في زمان ومكان البيع، وإن لم يكن في هذا المكان سوق، اعتبر المكان الذي يقضي العرف بأن تكون أسعاره سارية».

وتتفق في حكمها مع المادة (460/ 2) من التقنين الكويتي التي تنص علىٰ ما يأتي: «ويكون سعر السوق في زمان البيع ومكانه هو المعتبر، فإذا لم يكن في مكان البيع سوق، اعتبر المكان الذي يقضي العرف بأن تكون أسعاره سارية، وذلك كله ما لم يتفق علىٰ غيره».

ويواجه الفقه الإسلامي البيع بسعر السوق باعتباره من عقود الأمانة التي يقال لها: بياعات الأمانة، وذلك بما يسميه: بيع الاسترسال والاستئمان، حيث يبين العاقد أن لا دراية له بسعر السوق، فيستأمن المتعامل معه ويسترسل إلىٰ نصحه، ويطلب إليه أن يبيع منه أو يشتري بما تبيع الناس أو تشتري به، فإن كذب عليه المتعاقد معه في بيان سعر السوق، فإن هذا الكذب يعتبر غشًّا وتدليسًا يوجب للعاقد المغبون خيار الرد (الحطاب ج4/ ص 470)، عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (ج2/

ص175 وما بعدها).

مادة (389): إذا لم يعين المتعاقدان ثمنًا للمبيع، فلا يترتب علىٰ ذلك بطلان البيع، متىٰ تبين من الظروف أن المتعاقدين قد قصدا اعتماد السعر المتداول في التجارة، أو السعر الذي جرىٰ عليه التعامل بينهما.

هذه المادة تطابق المادة (424) من التقنين الحالي، مع استبدال كلمة: «يعين» بكلمة: «يحدد» وكلمة: «قصدا» بكلمة: «نويا».

وهي تتضمن أحد الأسس التي تجعل الثمن قابلًا للتقدير، وذلك حين يتبين من ظروف التعاقد وملابساته أن ثمة اتفاق ضمني بين المتبايعين علىٰ أن يكون الثمن هو السعر المتداول في التجارة، أو السعر الذي جرىٰ عليه التعامل بينهما، فمثل هذا السعر يكون بهذه المثابة معلومًا للمتعاقدين.

وتطابق المادة (528) من التقنين العراقي، فيما عدا الكلمتين اللتين تم استبدالهما في نص التقنين المصري الحالي.

وتتفق مع الفقرة الأولىٰ من المادة (460) من التقنين الكويتي التي تنص علىٰ ما يأتي: «لا يترتب علىٰ عدم ذكر الثمن بطلان البيع، إذا تبين من الاتفاق أو الظروف قصد المتعاقدين التعامل بالسعر المتداول بينهما، أو بسعر السوق».

مادة (390):

1- يجوز البيع بطريق المرابحة أو التولية أو الإشراك أو الوضيعة.

2- والمرابحة بيع يزاد فيه قدر معلوم من الربح إلىٰ الثمن الأصلي، والتولية بيع بمثل الثمن الأصلي دون زيادة أو نقص، والإشراك تولية بعض المبيع بما يقابله من الثمن الأصلي، والوضيعة بيع ينقص فيه قدر معلوم من الثمن الأصلي.

3- ويجب في هذه البيوع أن يكون الثمن الأصلي معلومًا. ويعتبر تدليسًا إدلاء البائع ببيان علىٰ خلاف الحقيقة، أو كتمانه لأمر ينتقص من مقدار الثمن أو من قيمة المبيع، إذا كان من شأن هذا أو ذاك أن يؤثر في رضاء المشتري بالصفقة.

هذه المادة مستحدثة، وحكمها مستمد من الفقه الإسلامي.

وهي تتضمن إلىٰ جانب الأسس السابقة التي تجعل الثمن في عقد البيع قابلًا للتقدير، أساسًا آخر هو الثمن الذي اشترىٰ به البائع، حيث يطمئن المشتري إلىٰ أمانة البائع فيشتري منه علىٰ أساس الثمن الذي اشترىٰ به السلعة، فإذا بيعت السلعة علىٰ أن يزاد قدر معلوم من الربح إلىٰ الثمن الأصلي سمي البيع مرابحة. وإذا بيعت علىٰ أن ينقص قدر معلوم من هذا الثمن سمي البيع وضيعة. وإذا بيعت بثمنها الأصلي سمي البيع تولية إذا أخذ المشتري كل السلعة، وسمي إشراكًا إذا أخذ المشترىٰ جزءًا منها.

وهذه البيوع يقال لها في الفقه الإسلامي: بياعات الأمانة. ولا يقتصر واجب البائع فيها علىٰ بيان الثمن الأصلي الذي اشترىٰ به، بل يجب عليه أيضًا أن يبين ما أحاط بالثمن من ملابسات، وما اقترن به من أوصاف، فضلًا عن بيان حالة المبيع، فإن صدر منه غش في بيان الثمن الأصلي بأن زاد فيه، كان هذا منه تدليسًا، ويحق للمشتري في هذه الحالة، بدلًا من أن يطلب إبطال البيع - أن يحط الزيادة، كما يستطيع البائع أن يتوقىٰ دعوىٰ الإبطال إذا حط هذه الزيادة. وإن كتم البائع أمرًا ذا تأثير في مقدار الثمن أو قيمة المبيع، كان هذا أيضًا منه تدليسًا، كما لو كتم عن المشتري أن الثمن الأصلي مؤجل، أو أخفىٰ عيبًا في المبيع يقلل من قيمته.

وقد نصت المادة (121/ 2) من التقنين المدني العراقي في هذا المعنىٰ علىٰ أنه: «يعتبر تغريرًا عدم البيان في عقود الأمانة التي يجب التحرز فيها عن الشبهة بالبيان: كالخيانة في المرابحة، والتولية، والإشراك، والوضيعة».

والمفروض في غش البائع أو كتمانه علىٰ النحو المذكور - أن يكون ذا أثر في رضاء المشتري بالصفقة، إذ إن إرادة المتعاقدين يجب أن يعتد بها في هذا الصدد، فقد يتضح من العقد وظروفه أن المتبايعين قصدا أن يكون أساس التقدير هو الثمن الأصلي، دون نظر إلىٰ الظروف والملابسات التي تحيط بالثمن، أو تقلل من قيمة المبيع، وفي هذه الحالة يجب علىٰ المشتري أن يقبل المبيع بحالته التي اشتراه بها، وأن يدفع الثمن الأصلي أو أكثر منه أو أقل بحسب الاتفاق.

(**انظر في بياعات الأمانة**: في الفقه الحنفي: المبسوط (ج13/ ص78 - 91)، البدائع (ج5/ ص220 - 228)، فتح القدير (ص252 - 263)، الزيلعي (ج4/ ص73 - 89).

وفي الفقه المالكي: الحطاب (ج4/ ص488 – 495)، الدسوقي (ج3/ ص160 – 171)، الخوشي (ج5/ ص171 – 180).

وفي الفقه الشافعي: مغني المحتاج للشربيني (ج2/ ص76 – 80)، نهاية المحتاج للرملي (ج4/ ص104 – 115).

في الفقه الحنبلي: الشرح الكبير علىٰ متن المقنع (ج4/ ص100 – 108)، المغني (ج4/ ص259 – 294).

عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (ج2/ ص166 – 174، الوسيط (ج4 في البيع ص 209).

والمادة المقترحة تتفق في الحكم مع المادة (530) من التقنين العراقي التي تنص علىٰ ما يأتي:

«1 – يجوز البيع مرابحة أو تولية أو إشراكًا أو وضيعة.

2– والمرابحة بيع بمثل الثمن الأول الذي اشترىٰ به البائع مع زيادة ربح معلوم، والتولية بيع بمثل الثمن الأول دون زيادة أو نقص، والاشتراك تولية بعض المبيع ببعض الثمن، والوضيعة بيع بمثل الثمن الأول مع نقصان مقدار معلوم منه.

3– ويلزم في هذه البيوع أن يكون الثمن الأول معلومًا تحرزًا عن الخيانة والتهمة».

وتقابل المادة (480) من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي:

«1 – يجوز البيع بطريق المرابحة أو الوضيعة أو التولية إذا كان رأس مال المبيع معلومًا حين العقد وكان مقدار الربح في المرابحة ومقدار الخسارة في الوضيعة محددًا.

2– إذا ظهر أن البائع قد زاد في بيان مقدار رأس المال، فللمشتري حط الزيادة.

3– وإذا لم يكن رأس مال المبيع معروفًا عند التعاقد، فللمشتري فسخ العقد عند معرفته، وكذا يكون الحكم لو كتم البائع أمرًا ذا تأثير في المبيع أو رأس المال، ويسقط خياره إذا هلك المبيع أو استهلك أو خرج من ملكه بعد تسلمه».

وتقابل المادة (462) من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي:

«1 – يجوز البيع تولية أو إشراكًا أو مرابحة أو وضيعة، إذا كان الثمن الذي اشترىٰ به البائع معلومًا وقت العقد، وكان مقدار الربح في المرابحة ومقدار الخسارة في الوضيعة محددًا.

2- فإذا ثبت أن الثمن الذي اشترىٰ به البائع أقل مما ذكره، كان للمشتري أن يتمسك بالثمن الحقيقي.

3- ويعتبر تدليسًا كتمان البائع ملابسات أحاطت بشرائه، إذا كان من شأنها أن تؤثر في رضاء المشتري».

مادة (391):

1- إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية أو للدولة أو لغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة أو لجهة الوقف، وكان في البيع غبن يزيد علىٰ الخُمس - فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلىٰ أربعة أخماس ثمن المثل.

2- ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد علىٰ الخُمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع.

هذه المادة تقابل المادة (425) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1 - إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية، وكان في البيع غبن يزيد علىٰ الخُمس - فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلىٰ أربعة أخماس ثمن المثل.

2- ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد علىٰ الخُمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع».

وقد رئي في المادة المقترحة ألا يقتصر الحكم علىٰ حالة بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية، فأضيفت إلىٰ هذه الحالة حالات يكون العقار المبيع فيها مملوكًا للدولة أو لغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة أو لجهة الوقف، وذلك حفاظًا علىٰ الصالح العام.

والفقه الإسلامي لا يعتد بالغبن الفاحش إلا إذا اقترن به تغرير «تدليس» (م357 من المجلة وم 300 من مرشد الحيران). ولكنه يعتد بهذا الغبن ولو لم يصحبه تغرير في بيع أموال المحجور وبيت المال والوقف، حيث يعتبر العقد فاسدًا ويجب فسخه (م 356 من المجلة وم 300 من مرشد الحيران). وفي ضوء هذا الحكم من الفقه الإسلامي وضعت المادة المقترحة، وإن كان هناك رأي في هذا الفقه يعتد بالغبن عامة في جميع

التصرفات (انظر في الفقه الحنبلي: م 407 من مجلة الأحكام الشرعية).

والمادة المقترحة تقابل المادة (124) من التقنين العراقي التي تنص على ما يلي:

«1 - مجرد الغبن لا يمنع من نفاذ العقد ما دام الغبن لم يصحبه تغرير.

2- علىٰ أنه إذا كان الغبن فاحشًا، وكان المغبون محجورًا، أو كان المال الذي حصل فيه الغبن مال الدولة أو الوقف - فإن العقد يكون باطلًا.

3- لا يجوز الطعن بالغبن في عقد تم بطريق المزايدة العلنية».

وتقابل المادة (149) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ أنه: «لا يفسخ العقد بالغبن الفاحش بلا تغرير إلا في مال المحجور ومال الوقف وأموال الدولة».

وتقابل المادتين (163 و164) من التقنين الكويتي.

فالمادة (163) من التقنين تنص على ما يأتي:

«1 - إذا نتج عن العقد غبن فاحش للدولة أو لغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة، أو لأحد عديمي الأهلية أو ناقصيها، أو لجنة الوقف - جاز للمغبون أن يطلب تعديل التزام الطرف الآخر، أو التزامه هو بما يرفع عنه الفحش في الغبن.

2- ويعتبر الغبن فاحشًا إذا زاد عند إبرام العقد علىٰ الخُمس.

3- ولا يحول دون الطعن بالغبن أن يكون العقد قد أجري عن المغبون ممن ينوب عنه وفقًا للقانون، أو أذنت به المحكمة».

والمادة (164) تنص علىٰ أنه: «يجوز للمتعاقد مع المغبون أن يتوقىٰ تعديل أثر العقد بطلب الفسخ، وذلك ما لم يكن المغبون هو الدولة أو غيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة».

ويتضح من هذه النصوص أن الجزاء المترتب علىٰ الغبن يختلف في التقنينات المذكورة. فهو في المادة المقترحة كما هو في التقنين المصري الحالي تكملة الثمن بما يزيل الغبن الفاحش، وفي التقنين العراقي البطلان وفي التقنين الأردني الفسخ، وهو ما يتفق مع الجزاء في الفقه الإسلامي، وفي التقنين الكويتي تعديل الالتزام بما يرفع الغبن الفاحش، وهو مما يتفق مع الجزاء في التقنين المصري الحالي والمادة المقترحة.

مادة (292):

1- لا تسمع دعوىٰ تكملة الثمن بسبب الغبن إذا لم يرفعها البائع خلال ثلاث سنين.

2- ويبدأ سريان هذه المدة بالنسبة إلىٰ من لا تتوافر فيه الأهلية من وقت توافر أهليته أو موته. وبالنسبة إلىٰ الدولة أو غيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة أو جهة الوقف من وقت العقد.

3- ولا تلحق هذه الدعوىٰ ضررًا بالغير حسن النية إذا كسب حقًّا عينيًّا علىٰ العقار المبيع.

هذه المادة تقابل المادة (426) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1 - تسقط بالتقادم دعوىٰ تكملة الثمن بسبب الغبن إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية، أو من اليوم الذي يموت فيه صاحب العقار المبيع.

2- ولا تلحق هذه الدعوىٰ ضررًا بالغير حسن النية إذا كسب حقًّا عينيًّا علىٰ العقار المبيع».

وقد أضيف إلىٰ هذه المادة من التقنين الحالي ما يواجه حالات الغبن المضافة في المادة المقترحة السابقة.

والمادة المقترحة تقابل المادة (166) من التقنين الكويتي التي تنص علىٰ أن: «تسقط دعوىٰ الغبن إذا لم ترفع خلال سنة، تبدأ بالنسبة إلىٰ الدولة، أو غيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة ولجهة الوقف من وقت إبرام العقد، وبالنسبة لعديمي الأهلية وناقصيها من تاريخ اكتمال الأهلية أو الموت، وعلىٰ أية حال تسقط الدعوىٰ بمضي 15 سنة من وقت إبرام العقد.

مادة (393): لا يجوز الطعن بالغبن في بيع تم بطريق المزاد العلني وفقًا لإجراءات رسمها القانون.

هذه المادة تقابل المادة (427) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ أنه: «لا يجوز الطعن بالغبن في بيع تم كنص القانون بطريق المزاد العلني».

وقد اختلف الفقه في تفسير هذا النص، فذهب رأي إلىٰ أن المقصود فيه هو البيع

الذي يحتم القانون أن يكون بالمزاد العلني، كبيع عقار المدين للتنفيذ بالدين، وبيع العقار لعدم إمكان قسمته عينًا. بينما ذهب رأي آخر إلىٰ أن المقصود هو البيع الذي يتم بالمزاد وفقًا لإجراءات رسمها القانون، وبذلك يشمل الحالات التي لا يتحتم قانونًا أن يكون البيع فيها بالمزاد العلني كما يشمل الحالات التي لا يتحتم فيها ذلك متىٰ تم البيع بالمزاد وفقًا للإجراءات التي رسمها القانون، ومثل هذه الحالات الأخيرة أن تأمر المحكمة ببيع عقار غير كامل الأهلية بالمزاد العلني، ويتم هذا البيع وفقًا للإجراءات التي رسمها تقنين المرافعات في بيع عقار غير كامل الأهلية والغائب.

وقد رئي أن يصاغ النص المقترح بوضوح طبقًا لهذا الرأي الأخير، إذ إن البيع بالمزاد وفقًا للإجراءات التي رسمها القانون، سواء كان القانون يحتم ذلك أو لا يحتم - يكفي لتوفير الضمانات التي تكفل الحصول علىٰ أكبر ثمن ممكن للعقار المبيع.

والسند الشرعي لحكم المادة المقترحة ما يراه بعض الفقهاء من عدم جواز الطعن بالغبن إطلاقًا كالشافعية، وما يراه البعض الآخر من عدم جواز هذا الطعن إلا للجاهل بالثمن أو الوصي والوكيل كالمالكية (م 106 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك).

2 - آثار البيع.

التزامات البائع.

مادة (394): يلتزم البائع بأن يقوم بما هو ضروري لانتقال الحق المبيع إلىٰ المشتري، وبأن يمتنع عن أي عمل من شأنه أن يجعل انتقال الحق مستحيلًا أو عسيرًا.

هذه المادة تطابق المادة (428) من التقنين الحالي، مع استبدال كلمة: «لانتقال» بكلمة: «لنقل»، وكلمة: «يمتنع» بكلمة: «يكف»، وكلمة: «انتقال» بكلمة: «نقل».

وتطابق المادة (535) من التقنين العراقي، فيما عدا استعمال لفظ: «يمتنع» بدلًا من لفظ: «يكف».

وتقابل المادة (488) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ أن: «يلتزم البائع بتسليم المبيع

إلىٰ المشتري مجردًا من كل حق آخر، وأن يقوم بما هو ضروري من جانبه لنقل الملكية إليه».

وتقابل المادتين (466) و(467) من التقنين الكويتي:

فالمادة (466) من هذا التقنين تنص علىٰ أنه: «إذا لم يكن من مقتضىٰ البيع أن ينقل الملكية فور إبرامه، وجب علىٰ البائع أن يقوم بكل ما هو ضروري من جانبه لانتقالها، وأن يمتنع من أي عمل من شأنه أن يجعل هذا الانتقال مستحيلًا أو عسيرًا».

والمادة (467) تنص علىٰ أن: «يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع، وبأن يسلمه الوثائق والمستندات المتعلقة به».

وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المصري الحالي يتضمن نصًّا (م 573 من المشروع) يقضي بأن: «يلتزم البائع أن يزود المشتري بالبيانات الضرورية عن الشيء المبيع، وأن يقدم له الأوراق والمستندات المتعلقة بهذا الشيء»، وقد حذفت هذه المادة في لجنة المراجعة؛ لأنها مستفادة من القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص55) في الهامش).

انظر: المذكرة الإيضاحية لنص التقنين الحالي في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص42و 43).

وحكم المادة المقترحة تطبيق للأصل الشرعي الذي يوجب الوفاء بالعقود، الأمر الذي يقتضي تمكين المشتري من الحصول علىٰ مقصود العقد وثمرته.

مادة (395): إذا كان البيع جزافًا، انتقلت الملكية إلىٰ المشتري علىٰ النحو الذي تنتقل به في الشيء المعين بالذات. ويكون البيع جزافًا ولو كان تحديد الثمن موقوفًا علىٰ تقدير المبيع.

هذه المادة تطابق المادة (429) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (486) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (531) من التقنين العراقي التي تنص علىٰ أنه: «إذا كان المبيع عينًا معينة بالذات، أو كان قد بيع جزافًا، نقل البيع من تلقاء نفسه ملكية المبيع، وأما إذا كان المبيع لم يعين إلا بنوعه، فلا تنتقل الملكية إلا بالإفراز».

ولم تكن هناك حاجة إلىٰ أن يذكر في النص المقترح الحالات الأخرىٰ الواردة في نص

التقنين العراقي؛ لأن النص المقترح يحيل علىٰ انتقال الملكية في الشيء المعين بالذات، وهو ما تناولته المادة (219) من المشروع حيث تقول: «العقد الذي بمقتضاه تكسب ملكية شيء أو حق عيني آخر - يخول من تلقاء ذاته هذا الحق، إذا كان المعقود عليه شيئًا معينًا بالذات وكان المتصرف هو صاحب الحق المتصرف فيه، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل في قانون تنظيم الشهر العقاري، أو القواعد المتعلقة بالقيد في قانون السجل العيني بحسب الأحوال».

أما انتقال الحق في الشيء المعين بالنوع فقد تناولته المادة (220) من المشروع.

وقد كان النص المقابل للمادة (429) من التقنين الحالي في المشروع التمهيدي م(569) - يتضمن فقرة أولىٰ تتناول انتقال الملكية في الشيء المعين بالذات، وانتقالها في الشيء المعين بالنوع، ولكن حذفت هذه الفقرة في لجنة المراجعة؛ لأنها مستفادة من القواعد العامة التي وردت في المادتين (204، 205) من التقنين الحالي (مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص 44 - 46).

وفي الفقه الإسلامي ينتقل الملك بمجرد العقد في البيع الجزاف، كما هو الشأن في بيع الشيء المعين بالذات، وهو حكم المادة المقترحة (انظر: المذكرة الإيضاحية للمادة (219) من المشروع والمادة (374) من المجلة).

مادة (396):

1- إذا كان البيع مؤجل الثمن، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلىٰ المشتري موقوفًا علىٰ استيفاء الثمن كله، ولو تم تسليم المبيع.

2- فإذا كان الثمن يدفع أقساطًا، جاز للمتعاقدين أن يتفقا علىٰ أن يستبقي البائع جزءًا منه تعويضًا له عن فسخ البيع، إذا لم توفَّ جميع الأقساط، ومع ذلك يجوز للقاضي تبعًا للظروف أن يخفض التعويض المتفق عليه وفقًا لأحكام التعويض الاتفاقي.

3- وإذا وفيت الأقساط جميعًا، فإن انتقال الملكية إلىٰ المشتري يعتبر مستندًا إلىٰ وقت البيع.

4- وتسري أحكام الفقرات الثلاث السابقة، ولو سمىٰ المتعاقدان البيع إيجارًا.

هذه المادة تطابق المادة (430) من التقنين الحالي، مع استبدال عبارة: «وفقًا لأحكام التعويض الاتفاقي» الواردة في الفقرة الثانية بعبارة: «وفقًا للفقرة الثانية من المادة (224)».

وتتفق في أحكامها مع المادة (534) من التقنين العراقي التي جاءت متفقة مع النص الوارد في المشروع التمهيدي للتقنين المصري الحالي، حيث تنص علىٰ ما يأتي:

«1 - إذا كان البيع مؤجل الثمن، جاز للبائع أن يحتفظ بالملكية إلىٰ أن يستوفي الثمن كله حتىٰ لو تم تسليم المبيع.

2- فإذا كان الثمن يدفع أقساطًا، جاز للمتعاقدين أن يتفقا علىٰ أن يستبقي البائع جزءًا منه تعويضًا له عن فسخ البيع إذا لم تسدد جميع الأقساط، ومع ذلك يجوز للمحكمة تبعًا للظروف أن تخفض التعويض المتفق عليه وفقًا لأحكام التعويضات الاتفاقية.

3- وإذا سددت الأقساط جميعًا انتقلت ملكية المبيع إلىٰ المشتري من وقت البيع، إلا إذا وجد اتفاق علىٰ غير ذلك.

4- وتسري أحكام الفقرات الثلاث السابقة، حتىٰ لو سمىٰ المتعاقدان البيع إيجارًا».

وتقابل المادة (487) من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي:

«1 - يجوز للبائع إذا كان الثمن مؤجلًا أو مقسطًا أن يشترط تعليق نقل الملكية إلىٰ المشتري حتىٰ يؤدي جميع الثمن ولو تم تسليم المبيع.

2- وإذا تم استيفاء الثمن، تعتبر ملكية المشتري مستندة إلىٰ وقت البيع».

وتقابل المادة (464) من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي:

«1 - إذا كان الثمن مؤجلًا أو مقسطًا، جاز الاتفاق علىٰ ألا تنتقل الملكية إلىٰ المشتري، إلا بعد الوفاء بالثمن كله أو بعضه، ولو تم تسليم المبيع.

2- فإذا تم الوفاء بالثمن، اعتبرت ملكية المشتري مستندة إلىٰ وقت البيع، ما لم يتفق علىٰ غير ذلك».

(**انظر**: المذكرة الإيضاحية لنص التقنين الحالي في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص49 - 51)).

والجوهري في هذا الصدد من الناحية الشرعية هو جواز اشتراط تعليق انتقال الملكية إلىٰ المشتري علىٰ الوفاء بالثمن كله. وهو صحيح شرعًا، باعتباره شرطًا متعارفًا

أي شرطًا مرعيًّا في العرف. وقد نصت المادة (331) من مرشد الحيران علىٰ أنه: «إذا اشترط المتبايعان في عقد البيع أن المشتري إذا لم يؤدِّ الثمن إلىٰ ثلاثة أيام فلا بيع بينهما - صح البيع والشرط، فإن أَدَّىٰ المشتري الثمن في المدة المعينة، لزم البيع، وإن لم يؤده في المدة المعينة، أو مات في أثنائها قبل أداء الثمن، فسد البيع».

وقد استأنس المشروع برأي الحنابلة في جواز شرط الخيار لأي مدة. وقد سبقت الإشارة إلىٰ ذلك. (راجع القواعد لابن رجب: ص 288 القاعدة 118).

أما شرط استبقاء البائع جزءًا من الأقساط مع إعطاء القاضي حق النظر في هذا التعويض - فهو شرط يجرىٰ عليه العرف كشرط حلول جميع الأقساط عند عدم وفاء قسط منها الذي قال به الحنفية.

(**انظر**: م 326 من مرشد الحيران)، وشرط التعويض هذا يعتبر تطبيقًا للقاعدة العامة في الضمان بالتسبب.

مادة (397): يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع.

هذه المادة تطابق المادة (431) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (489) من التقنين الأردني.

وتطابق المادة (467) من التقنين الكويتي.

انظر في الفقه الإسلامي: م(18) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أحمد بن حنبل التي تنص علىٰ أنه: «إذا وجد المشتري المبيع علىٰ غير ما رآه أو وصف له، فله الفسخ علىٰ التراضي، ولا يسقط خياره ما لم يوجد منه ما يدل علىٰ رضاه».

مادة (398): يشمل التسليم ملحقات المبيع، وبوجه خاص كل ما أعد بصفة دائمة لاستعماله، وذلك وفقًا لقصد المتعاقدين وعرف الجهة وما تقضي به طبيعة الأشياء.

هذه المادة تتفق في حكمها مع المادة (432) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ أن: «يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء، وذلك طبقًا لما تقضي به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين».

وقد عدلت صياغة هذا النص علىٰ نحو يتضح منه أن ما أعد بصفة دائمة لاستعمال المبيع يعتبر بوجه خاص من ملحقاته، كما روعيت فيه الأولوية الواجبة لما يرجع إليه في تحديد ملحقات المبيع، إذ القاعدة أن أول ما يرجع إليه في هذا التحديد هو الاتفاق. فإذا وجد اتفاق علىٰ اعتبار شيء من الملحقات، أو عدم اعتباره كذلك - وجب الأخذ بما قصد إليه المتعاقدان في هذا الاتفاق، وإذا لم يوجد اتفاق، وجب الأخذ بما يقضي به العرف، وإذا لم يوجد اتفاق ولا عرف، وجب اتباع ما تقضي به طبيعة الأشياء.

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع ما جاء في المادتين (536 و537) من التقنين العراقي.

فالمادة (536) من هذا التقنين تنص علىٰ ما يأتي: «علىٰ البائع أن يسلم المبيع وتوابعه إلىٰ المشتري عند نقده الثمن...».

والمادة (537) تنص على ما يأتي:

«**يدخل في البيع من غير ذكر:**

(أ) ما كان في حكم جزء من المبيع لا يقبل الانفكاك عنه نظرًا إلىٰ الغرض من الشراء، فإذا بيعت بقرة حلوب لأجل اللبن دخل تبيعها الرضيع.

(ب) توابع المبيع المتصلة المستقرة، فإذا بيعت دار دخل البستان الواقع في حدودها والطرق الخاصة الموصلة إلىٰ الطريق العام وحقوق الارتفاق التي للدار، وإذا بيعت عرصة دخلت الأشجار المغروسة علىٰ سبيل الاستقرار.

(ج) كل ما يجري العرف علىٰ أنه من مشتملات المبيع».

وتتفق في حكمها مع ما جاء في المادة (490) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ ما يأتي: «يشمل التسليم ملحقات المبيع وما اتصل به اتصال قرار وما أعد لاستعماله بصفة دائمة، وكل ما يجري العرف علىٰ أنه من توابع المبيع ولو لم تذكر في العقد».

وتتفق في حكمها مع ما جاء في المادة (455) من التقنين الكويتي التي تنص علىٰ ما يأتي: «يشمل البيع كل ما كان من ملحقات المبيع وتوابعه، وذلك وفقًا لطبيعة المعاملة وعرف الجهة وقصد المتعاقدين».

(**انظر**: المادة (572) من المشروع التمهيدي للتقنين المصري الحالي، وهي المقابلة

للمادة (432) من هذا التقنين، ومذكرتها الإيضاحية في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص54 – 57).

وتتفق في حكمها مع أحكام الفقه الإسلامي في هذا الصدد:

انظر في ذلك: المواد (230 – 233) من المجلة، والمواد (469 – 477) من مرشد الحيران.

مادة (399): إذا عين في العقد مقدار المبيع، كان البائع مسئولًا عن نقص هذا القدر بحسب ما يقضي به العرف، ما لم يتفق علىٰ غير ذلك، علىٰ أنه لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في المبيع، إلا إذا أثبت أن هذا النقص من الجسامة بحيث إنه لو كان يعلمه لما أتم العقد.

هذه المادة تطابق الفقرة الأولىٰ من المادة (433) من التقنين الحالي وتطابق المادة (469) من التقنين الكويتي.

وتقابل المواد (543 و544 و545 و546/ 1) من التقنين العراقي.

فالمادة (543) من هذا التقنين تنص علىٰ ما يلي: «إذا بيعت جملة من المكيلات، أو جملة من الموزونات، أو المزروعات التي ليس في تبعيضها ضرر، أو من العدديات المتقاربة مع بيان قدرها، وسمي ثمنها جملة أو بسعر الوحدة، ثم وجد المبيع عند التسليم ناقصًا، كان المشتري مخيرًا إن شاء فسخ البيع، وإن شاء أخذ المقدار الموجود بحصته من الثمن. وإذا ظهر المبيع زائدًا فالزيادة للبائع».

والمادة (544) تنص على ما يأتي:

«1 – إذا بيعت جملة من الموزونات أو المزروعات التي في تبعيضها ضرر، أو من العدديات المتفاوتة مع بيان قدرها، وسمي ثمنها جملة، ثم وجد المبيع عند التسليم ناقصًا – فللمشتري فسخ البيع أو أخذ المبيع بكل الثمن، إلا إذا اتفق مع البائع وقت التعاقد علىٰ أخذ المقدار الموجود بحصته من الثمن.

2 – وإذا وجد المبيع زائدًا، فالزيادة للمشتري، علىٰ أنه يجوز الاتفاق وقت التعاقد علىٰ أن يعطي البائع عوضًا في مقابل الزيادة».

والمادة (545) تنص علىٰ ما يأتي: «إذا بيعت جملة من الموزونات أو المزروعات التي في تبعيضها ضرر، أو من العدديات المتفاوتة مع بيان قدرها، وسمي ثمنها بسعر الوحدة، ثم وجد المبيع زائدًا أو ناقصًا عند التسليم - فللمشتري فسخ البيع أو أخذ المبيع بحصته الثمن».

والمادة (1/546) تنص علىٰ ما يأتي: «في الأحوال المنصوص عليها في المواد الثلاث السابقة، لا يكون للمشتري الحق في الفسخ، ولا يكون للبائع حق فيما يظهر من زيادة في المبيع، إلا إذا كان النقص أو الزيادة قد جاوز خمسة في المائة من القدر المحدد للشيء المبيع».

وتقابل المادة (492) من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي:

«إذا عين في العقد مقدار المبيع، وظهر فيه نقص أو زيادة، ولم يوجد اتفاق أو عرف بهذا الشأن - وجب اتباع القواعد التالية:

1- إذا كان المبيع لا يضره التبيعض، التبعيض فالزيادة من حق البائع يستحق استردادها عينًا والنقص من حسابه، سواء أكان الثمن محددًا، لكل وحدة قياسية، أم لمجموع المبيع.

2- إذا كان المبيع يضره التبعيض، وكان الثمن محددًا علىٰ أساس الوحدة القياسية - فالزيادة من حق البائع يستحق ثمنها، والنقص من حسابه.

3- إذا كان المبيع مما يضره التبعيض، وكان الثمن المسمىٰ لمجموعه - فالزيادة للمشتري، والنقص لا يقابله شيء من الثمن.

4- كلما كانت الزيادة أو النقص تلزم المشتري أكثر مما اشترىٰ أو تفرق عليه الصفقة - كان له الخيار في فسخ البيع، ما لم يكن المقدار تافهًا، ولا يخل النقص في مقصود المشتري.

5- إذا تسلم المشتري المبيع مع علمه بأنه ناقص، سقط حقه في خيار الفسخ المشار إليه في الفقرة السابقة».

انظر في الفقه الإسلامي: المواد (220 - 229) من المجلة، والمواد (448 - 453)

من مرشد الحيران.

مادة (400): إذا تبين أن مقدار المبيع يزيد علىٰ ما ذكر في العقد، وكان الثمن مقدرًا بحساب الوحدة، فإن كان المبيع قابلًا للتبعيض كانت الزيادة للبائع، وإن كان المبيع غير قابل للتبعيض، وجب علىٰ المشتري أن يكمل الثمن، إلا إذا كانت الزيادة جسيمة فيجوز له أن يطلب فسخ العقد، وإذا كان الثمن مقدرًا جملة واحدة، كانت الزيادة للمشتري، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يخالفه.

هذه المادة تقابل الفقرة الثانية من المادة (433) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «أما إذا تبين أن القدر الذي يشتمل عليه المبيع يزيد علىٰ ما ذكر في العقد، وكان الثمن مقدرًا بحساب الوحدة - وجب علىٰ المشتري إذا كان المبيع غير قابل للتبعيض - أن يكمل الثمن، إلا إذا كانت الزيادة جسيمة، فيجوز له أن يطلب فسخ العقد. وكل هذا ما لم يوجد اتفاق يخالفه».

وهذا النص لا يتناول إلا فرضًا واحدًا من الفروض التي يمكن أن تعرض في حالة زيادة المبيع علىٰ ما ذكر في العقد، وهو أن يكون الثمن مقدرًا بحساب الوحدة، ويكون المبيع غير قابل للتبعيض، ولذلك رئي في النص المقترح أن تضاف حالتان أخريان يمكن أن تعرضا في حالة زيادة المبيع، وهما حالة ما إذا كان الثمن مقدرًا بحساب الوحدة، ويكون المبيع قابلًا للتبعيض، وحالة ما إذا كان الثمن مقدرًا جملة واحدة.

والمادة المقترحة تقابل المادة (470) من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي:

«1 - إذا تبين أن قدر المبيع يزيد علىٰ ما حدد في العقد، وكان الثمن مقدرًا بالوحدة - فإن كان المبيع قابلًا للتبعيض، كانت الزيادة للبائع ما لم يرَ المشتري أخذها بما يقابلها من الثمن، وإن كان المبيع غير قابل للتبعيض، وجب علىٰ المشتري أن يدفع ثمن الزيادة، ما لم تكن جسيمة، فيجوز له أن يطلب فسخ العقد.

2- فإذا كان الثمن مقدرًا جملة واحدة، تكون الزيادة للمشتري ما لم تكن من الجسامة، بحيث لو كان يعلمها البائع لما أتم العقد، وفي هذه الحالة يكون المشتري

بالخيار بين زيادة الثمن بما يتناسب مع الزيادة في المبيع وبين فسخ البيع.

3- وكل ذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره».

وتقابل المواد (543 و544 و545 و546/ 1) من التقنين العراقي، وقد تقدم ذكرها تحت المادة السابقة.

وتقابل المادة (495) من التقنين الأردني، وقد تقدم ذكرها تحت المادة السابقة.

انظر في الفقه الإسلامي: المواد (220 - 229) من المجلة، والمواد (448 - 453) من مرشد الحيران.

مادة (401): إذا وجد في المبيع عجز أو زيادة، فلا تسمع دعوىٰ المشتري بإنقاص الثمن أو فسخ العقد، ولا دعوىٰ البائع برد الزيادة أو تكملة الثمن، إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع تسليمًا فعليًّا.

هذه المادة تقابل المادة (434) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «إذا وجد في المبيع عجز أو زيادة، فإن حق المشتري في طلب إنقاص الثمن أو في طلب فسخ العقد، وحق البائع في طلب تكملة الثمن - يسقط كل منهما بالتقادم إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع تسليمًا فعليًّا».

وقد أدخل على هذا النص التعديلان الآتيان:

(1) الأخذ في النص المقترح بمبدأ عدم سماع الدعوىٰ الذي يقول به الفقه الإسلامي، وفقًا للخطة التي سار عليها المشروع، بدلًا من مبدأ سقوط الحق أو انقضائه بالتقادم الذي يأخذ به التقنين الحالي.

(2) الإشارة إلىٰ دعوىٰ البائع برد الزيادة إلىٰ جانب الدعاوىٰ الأخرىٰ؛ لمواجهة إحدىٰ الحالتين اللتين أضيفتا إلىٰ النص السابق؛ وفقًا لما ذكر فيما تقدم في خصوص هذا النص.

والمادة المقترحة تقابل المادة (546/ 2) من التقنين العراقي التي تنص علىٰ ما يأتي: «وعلىٰ كل حال لا تسمع دعوىٰ المشتري أو البائع بمقتضىٰ المواد الثلاث السابقة بعد انقضاء ثلاثة أشهر من وقت تسليم المبيع للمشتري تسليمًا فعليًّا».

وتقابل المادة (493) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ أنه: «لا تسمع الدعوىٰ بفسخ

العقد أو إنقاص الثمن أو تكملته، إذا انقضت سنة علىٰ تسليم المبيع».

وتقابل المادة (471) من التقنين الكويتي التي تنص علىٰ أن: «تسقط الدعوىٰ بفسخ العقد أو إنقاص الثمن أو تكملته أو رد الزيادة بسبب العجز أو الزيادة في المبيع، إذا انقضت سنة واحدة من وقت التسليم».

(**انظر**: المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة لنص التقنين الحالي في المشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص64و 65).

وتستند المادة المقترحة في الفقه الإسلامي إلىٰ قاعدة تخصيص القضاء رعاية لمصلحة المتخاصمين.

مادة (402):

1- يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري، بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون حائل، ولو لم يستولِ عليه استيلاءً ماديًّا، ما دام البائع قد أعلمه بذلك، ويحصل هذا التسليم علىٰ النحو الذي يتفق مع طبيعة المبيع.

2- ويجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضي المتعاقدين، إذا كان المبيع في حيازة المشتري قبل البيع، أو كان البائع قد استبقىٰ المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية.

هذه المادة تطابق المادة (435) من التقنين الحالي مع استبدال لفظ: «حائل» بلفظ: «عائق»، واستبدال لفظ: «المبيع» بعبارة: «الشيء المبيع» في الفقرة الأولىٰ.

وتطابق المادتين (472 و473) من التقنين الكويتي مع اختلاف لفظي بسيط.

وتتفق في أحكامها مع أحكام المواد (538 و539 و540) من التقنين العراقي:

فالمادة (538) من هذا التقنين تنص على ما يأتي:

«1 - تسليم المبيع يحصل بالتخلية بين المبيع والمشتري علىٰ وجه يتمكن به المشتري من قبضه دون حائل.

2- وإذا قبض المشتري المبيع ورآه البائع وهو يقبضه وسكت - يعتبر إذنًا من البائع له في القبض».

والمادة (539) تنص علىٰ أنه: «إذا كانت العين المبيعة موجودة تحت يد المشتري قبل البيع، فاشتراها من المالك - فلا حاجة إلىٰ قبض جديد سواء كانت يد المشتري قبل البيع يد ضمان أو يد أمانة».

والمادة (540) تنص على ما يأتي:

«1 - إذا أجر المشتري المبيع قبل قبضه إلىٰ بائعه، أو باعه منه، أو وهبه إياه، أو رهنه له، أو تصرف له فيه أي تصرف آخر يستلزم القبض - اعتبر المشتري قابضًا للمبيع.

2- وإذا أجره قبل قبضه لغير البائع، أو باعه أو وهبه أو رهنه أو تصرف فيه أي تصرف آخر يستلزم القبض وقبضه العاقد - قام هذا القبض مقام قبض المشتري».

وتقابل المواد (494 و495 و496 و497 و498) من التقنين الأردني:

فالمادة (494) من هذا التقنين تنص على ما يأتي:

«1 - يتم تسليم المبيع إما بالفعل أو بأن يخلي البائع بين المبيع والمشتري مع الإذن له بقبضه وعدم وجود مانع يحول دون حيازته.

2- ويكون التسليم في كل شيء حسب طبيعته، ويختلف باختلاف حاله.

والمادة (495) تنص علىٰ أنه: «إذا كان المبيع في حوزة المشتري قبل البيع بأية صفة أو سبب تعتبر هذه الحيازة تسليمًا ما لم يتفق علىٰ خلاف ذلك».

والمادة (496) تنص علىٰ أنه: «إذا اتفق المتبايعان علىٰ اعتبار المشتري متسلمًا للمبيع في حالة معينة، أو إذا أوجبت النصوص التشريعية اعتبار بعض الحالات تسليمًا - اعتبر التسليم قد تم حكمًا».

والمادة (497) تنص علىٰ أن: «يتم التسليم حكمًا بتسجيل المبيع باسم المشتري، عندما تعلق النصوص التشريعية نقل الملكية علىٰ التسجيل الرسمي».

والمادة (498) تنص على ما يأتي:

«**يعتبر التسليم حكميًّا أيضًا:**

1- إذا أبقىٰ البائع المبيع تحت يده علىٰ طلب المشتري.

2- إذا أنذر البائع المشتري بدفع الثمن وتسلم المبيع خلال مدة معقولة، وإلا اعتبر متسلمًا فلم يفعل».

انظر: النص المقابل لنص التقنين الحالي في المشروع التمهيدي م (576) ومذكرته الإيضاحية ومناقشة اللجان له في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص67 – 70).

وانظر في الفقه الإسلامي: المواد (262 – 277) من المجلة، والمواد (434 – 443) من مرشد الحيران.

مادة (403): إذا وجب تصدير المبيع للمشتري، فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك.

هذه المادة تطابق المادة (436) من التقنين الحالي.

وتتفق في حكمها مع المادة (499/ 2) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ أنه: «إذا تضمن العقد أو اقتضىٰ العرف إرسال المبيع إلىٰ المشتري – فلا يتم التسليم إلا إذا جرىٰ إيصاله إليه، ما لم يوجد اتفاق علىٰ غير ذلك».

وتتفق في حكمها مع المادة (476) من التقنين الكويتي التي تنص علىٰ أنه: «إذا التزم البائع بإرسال المبيع إلىٰ مكان معين، فلا يتم التسليم إلا بوصوله فيه، ما لم يتفق علىٰ غير ذلك».

انظر: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل لنص التقنين الحالي في المشروع التمهيدي م (577) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص71 و72).

وانظر في الفقه الإسلامي: م(287 و293) من المجلة وم (446) من مرشد الحيران، وم (341 و342) من مجلة الأحكام الشرعية علىٰ المذهب الحنبلي.

مادة (404): إذا هلك المبيع قبل التسليم بسبب لا يدَ لأحد المتبايعين فيه – انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن الذي أداه، إلا إذا كان الهلاك بعد إعذار المشتري لتسلم المبيع.

هذه المادة تقابل المادة (437) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ أنه: «إذا هلك المبيع قبل التسليم بسبب لا يدَ للبائع فيه – انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن، إلا إذا كان الهلاك بعد إعذار المشتري لتسلم المبيع».

وقد عدل هذا النص علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة، بحيث يكون الهلاك

لسبب لا يدَ للبائع ولا للمشتري فيه؛ لأن هذا هو المقصود بالحكم المنصوص عليه، فإذا كان الهلاك بفعل البائع، كان هو المسئول عن الهلاك فيرد الثمن إلىٰ المشتري، كما يكون مسئولًا عن تعويض المشتري عما أصابه من الضرر، وإذا كان الهلاك بفعل المشتري، كان هو المسئول عن الهلاك ووجب عليه دفع الثمن إلىٰ البائع، وهذا مجرد تطبيق للقواعد العامة، ولا حاجة فيه إلىٰ نص خاص، وقد كان هذا النص موجودًا في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م(583)، ولكنه حذف لأنه مستفاد من القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص77 و78) في الهامش).

ولهذا رئي عدم إيراد مثل هذا النص الخاص، علىٰ خلاف ما جرت عليه بعض التقنينات العربية الأخرىٰ، ما دام أنه مجرد تطبيق للقواعد العامة.

ويتفق حكم المادة المقترحة مع أحكام الفقه الإسلامي، وهي تجعل الهلاك علىٰ البائع قبل التسليم. فيد البائع علىٰ المبيع قبل القبض يد ضمان لا يد أمانة. انظر في هذا: المذكرة الإيضاحية للنصوص المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م(581 – 583)، وانظر: م(293 و294) من المجلة، و م (460 – 462) من مرشد الحيران وم (351) من مجلة الأحكام الشرعية علىٰ مذهب الإمام أحمد بن حنبل التي تنص علىٰ أن: «ما كان من ضمان البائع إذا عرضه علىٰ المشتري، فامتنع عن قبضه لغير مانع – صار في ضمان المشتري».

والمادة المقترحة تقابل المواد (478 و479 و480) من التقنين الكويتي.

فالمادة (478) من هذا التقنين تنص علىٰ أنه: «إذا هلك المبيع قبل تسليمه لسبب أجنبي لا يدَ لأحد العاقدين فيه – انفسخ البيع واسترد المشتري ما أداه من الثمن، وذلك ما لم يكن الهلاك بعد إعذار المشتري لتسلم المبيع».

والمادة (479) تنص علىٰ أنه: «إذا هلك المبيع في جزء منه، أو لحقه التلف قبل التسليم لسبب أجنبي لا يدَ لأحد العاقدين فيه – كان للمشتري الحق في إنقاص الثمن بقدر ما نقص من قيمة المبيع، فإذا كان الهلاك أو التلف جسيمًا بحيث لو كان موجودًا عند البيع لما أبرمه – كان له فسخ البيع، وذلك كله إذا كان الهلاك أو التلف حاصلًا قبل إعذار المشتري لتسلم المبيع».

والمادة (480) تنص على ما يأتي:

«1 - إذا هلك المبيع أو تلف بفعل المشتري، بقي ملتزمًا بالثمن كاملًا.

2- فإذا كان الهلاك أو التلف لسبب يرجع إلى البائع، كان المشتري بالخيار بين فسخ البيع، أو إنقاص الثمن بقدر نقص القيمة، وذلك دون إخلال بحقه في التعويض إن كان له مقتضى».

وتقابل المواد (500 و 501 و 502) من التقنين الأردني.

فالمادة (500) من هذا التقنين تنص على ما يأتي:

«1 - إذا هلك المبيع قبل التسليم بسبب لا يدَ لأحد المتبايعين فيه، انفسخ البيع واستردَّ المشتري ما أداه من الثمن.

2- فإذا تلف بعض المبيع يخير المشتري إن شاء فسخ العقد أو أخذ المقدار الباقي بحصته من الثمن».

والمادة 501 تنص على ما يأتي:

«1 - إذا هلك المبيع قبل التسليم أو تلف بعضه بفعل المشتري - اعتبر قابضًا للمبيع، ولزمه أداء الثمن.

2- إذا كان للبائع حق الخيار في هذه الحالة واختار الفسخ - ضمن له المشتري مثل المبيع أو قيمته وتملك ما بقي منه».

والمادة (502) تنص على ما يأتي:

«1 - إذا هلك المبيع قبل التسليم بفعل شخص آخر كان للمشتري الخيار إن شاء فسخ البيع، وإن شاء أجازه، وله حق الرجوع على المتلف بضمان مثل المبيع أو قيمته».

2- وإذا وقع الإتلاف على بعض المبيع كان للمشتري الخيار بين الأمور التالية:

(أ) فسخ البيع.

(ب) أخذ الباقي بحصته من الثمن، وينفسخ البيع فيما تلف.

(ج) إمضاء العقد في المبيع كله بالثمن المسمى، والرجوع على المتلف بضمان ما أتلف».

وتقابل المادتين (547 و548) من التقنين العراقي:

فالمادة (547) من هذا التقنين تنص على ما يأتي:

«1 – إذا هلك المبيع في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري، يهلك علىٰ البائع، ولا شيء علىٰ المشتري، إلا إذا حدث الهلاك بعد إعذار المشتري لتسلم المبيع، وإذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه، فالمشتري مخير بين فسخ البيع وبين بقائه مع إنقاص الثمن.

2 – علىٰ أنه إذا كان هلاك المبيع أو نقص قيمته قبل التسليم قد حدث بفعل المشتري أو بفعل البائع – وجب دفع الثمن كاملًا في الحالة الأولىٰ، وإلزام البائع بالتعويض في الحالة الثانية».

والمادة (548) تنص على ما يأتي:

«1 – ما يقبض علىٰ سوم الشراء مع تسمية الثمن إذا هلك أو ضاع في يد القابض، لزمه الضمان، أما إذا لم يسمَّ له ثمن كان أمانة في يده، فلا يضمن إذا هلك أو ضاع دون تعدٍّ أو تقصير منه.

2 – وما يقبض علىٰ سوم النظر، سواء بيّن ثمنه أو لم يبيّن، يكون أمانة في يد القابض، فلا يضمن إذا هلك دون تعدٍّ».

وواضح من هذه النصوص، سواء في التقنين الكويتي أو التقنين الأردني أو التقنين العراقي – أن أحكامها تتفق مع أحكام المادة المقترحة، وما يكملها من القواعد العامة وفقًا لما تقدم بيانه، وذلك فيما عدا أن التقنين العراقي يزيد علىٰ ذلك، فيبين من يتحمل تبعة الهلاك في القبض علىٰ سوم الشراء، والقبض علىٰ سوم النظر، مستمدًّا ذلك من أحكام الفقه الإسلامي.

وفي الفقه الإسلامي يد القابض علىٰ سوم الشراء إذا سمي الثمن يد ضمان، وإذا لم يسمَّ الثمن في سوم الشراء، وسواء سمىٰ أو لم يسمَّ في سوم النظر – فإن يد القابض تكون يد أمانة، فيهلك الشيء علىٰ المالك لا علىٰ القابض (م 298 و299 من المجلة، وم 548 مدني عراقي).

مادة (405): إذا هلك بعض المبيع أو أصابه تلف قبل التسليم بسبب لا يد لأحد المتبايعين فيه – جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص في قيمة المبيع جسيمًا بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع، وإما أن يبقىٰ البيع مع إنقاص الثمن

بقدر ما نقص من قيمة المبيع، وهذا ما لم يكن الهلاك أو التلف قد حصل بعد إعذار المشتري لتسلم المبيع.

هذه المادة تقابل المادة (438) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه، جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيمًا بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع، وإما أن يبقىٰ البيع مع إنقاص الثمن».

والحكم الذي يتضمنه نص التقنين الحالي هو الحكم ذاته في المادة المقترحة بحسب ما يستخلص من سياق النصوص في هذا التقنين. فما أضيف في المادة المقترحة إنما يرجع إلىٰ الرغبة في الإيضاح.

وهنا أيضًا - علىٰ غرار ما تقدم ذكره تحت المادة السابقة - رئي عدم إيراد نص خاص يتناول حكم الهلاك الجزئي، أو التلف الذي يرجع إلىٰ فعل البائع أو إلىٰ فعل المشتري، علىٰ خلاف ما جرت عليه بعض التقنينات العربية الأخرىٰ، ما دام أن مثل هذا النص لن يكون سوىٰ مجرد تطبيق للقواعد العامة.

ويتفق حكم المادة المقترحة مع أحكام الفقه الإسلامي، انظر في هذا: ابن عابدين (ج4/ ص47 و48)، وكذلك المادة (38) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبىٰ حنيفة بإشراف مجمع البحوث الإسلامية، ومذكرتها الإيضاحية، والمادتين (69 و70) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك.

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع ما جاء في المادة (547/ 1) من التقنين العراقي، حيث جاء فيها: «... وإذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه، فالمشتري مخير بين فسخ البيع وبين بقائه مع إنقاص الثمن».

وتتفق في حكمها مع المادة (500/ 2) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ ما يأتي: «فإذا تلف بعض المبيع يخير المشتري: إن شاء فسخ البيع، أو أخذ المقدار الباقي بحصته من الثمن».

وتتفق في حكمها مع المادة (479) من التقنين الكويتي التي تنص علىٰ أنه: «إذا هلك

المبيع في جزء منه أو لحقه التلف قبل التسليم لسبب أجنبي لا يد لأحد العاقدين فيه - كان للمشتري الحق في إنقاص الثمن بقدر ما نقص من قيمة المبيع. فإذا كان الهلاك أو التلف جسيمًا بحيث لو كان موجودًا عند البيع لما أبرمه - كان له فسخ البيع، وذلك كله إذا كان الهلاك أو التلف حاصلًا قبل إعذار المشتري لتسلم المبيع».

مادة (406): يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه، سواء كان التعرض من فعله أو من فعل أجنبي يدعي أن له حقًّا متعلقًا بالمبيع وقت البيع يحتج به على المشتري، ويكون البائع ملزمًا بالضمان أيضًا، ولو ادعى الأجنبي حقًّا نشأ بعد البيع، إذا كان هذا الحق قد آل إليه نتيجة لفعل البائع.

هذه المادة تتفق في حكمها مع المادة (439) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه، سواء كان التعرض من فعله هو، أو من فعل أجنبي يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشتري، ويكون البائع ملزمًا بالضمان، ولو كان الأجنبي قد ثبت حقه بعد البيع إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه».

وقد أدخلت على هذا النص التعديلات الآتية:

1- **تعديل عبارة:** «فعل أجنبي يكون له وقت البيع حق» إلى: «فعل أجنبي يدعي أن له حقًّا»، وذلك توخيًا للدقة في التعبير، إذ إن التعرض يتحقق فعلًا بمجرد الادعاء، ولو لم يكن هذا الادعاء على أساس.

2- **تعديل عبارة:** «حق على المبيع» إلى: «حقًّا متعلقًا بالمبيع» وذلك حتى يشمل النص الحق العيني والحق الشخصي.

3- **تعديل عبارة:** «ولو كان الأجنبي قد ثبت حقه بعد البيع» إلى: «ولو ادعى الأجنبي حقًّا نشأ بعد البيع»، وذلك أيضًا توخيًا للدقة في التعبير، إذ إن التعرض يتحقق فعلًا بمجرد الادعاء، ولو لم يكن المتعرض محقًّا في ادعائه.

4- **تعديل عبارة:** «إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه» إلى: «إذا كان هذا

الحق قد آل إليه نتيجة لفعل البائع»؛ لأن المقصود من النص هو أن يكون الحق قد آل إلىٰ الغير نتيجة لفعل البائع، وهذا يشمل ما إذا كان الأجنبي قد استمد حقه من البائع، كما يشمل ما إذا كان الحق قد آل إلىٰ الأجنبي نتيجة لفعل البائع ولو لم يكن الحق مستمدًّا من البائع نفسه.

(**انظر**: المادة المقابلة لنص التقنين الحالي في المشروع التمهيدي م(584) ومذكرتها الإيضاحية والتعديل الذي أدخل عليها في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص 80 - 83)).

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة (549) من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي:

«1 - يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه، سواء كان التعرض من فعله، أو من فعل أجنبي يدعي أن له حقًّا علىٰ المبيع وقت البيع يحتج به علىٰ المشتري.

2- ويثبت ضمان التعرض، ولو لم ينص عليه في العقد».

وتتفق في حكمها مع المادة (503) من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي:

«1 - يضمن البائع سلامة المبيع من أي حق للغير يعترض المشتري، إذا كان سبب الاستحقاق سابقًا علىٰ عقد البيع.

2- ويضمن البائع أيضًا إذا استند الاستحقاق إلىٰ سبب حادث بعد البيع ناشئ عن فعله».

وتتفق في حكمها مع المادتين (481) و(482) من التقنين الكويتي:

فالمادة (481) من هذا التقنين تنص علىٰ أن: «يلتزم البائع بعدم التعرض للمشتري في المبيع كله أو بعضه، ولو اتفق علىٰ غير ذلك».

والمادة (482) تنص علىٰ أن: «يضمن البائع التعرض للمشتري في المبيع كله أو بعضه من أي شخص يدعي حقًّا علىٰ المبيع يحتج به علىٰ المشتري، كما يكون ملزمًا بالضمان ولو ادعىٰ المتعرض حقًّا نشأ بعد البيع إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع أو كان نتيجة لفعله».

انظر في الفقه الإسلامي: مرشد الحيران م (3/428) و(491) و(493) و(495 - 502) و(505) و(506) و(509) - (511)، المجلة م (616)، مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك بإشراف مجمع البحوث الإسلامية م(72).

مادة (407): إذا رفعت علىٰ المشتري دعوىٰ باستحقاق المبيع، وجب عليه أن يبادر إلىٰ إخطار البائع بذلك، ويكون علىٰ البائع بحسب الأحوال أن يتدخل في الدعوىٰ إلىٰ جانب المشتري، أو أن يحل فيها محله.

2- فإذا تم الإخطار في الوقت الملائم ولم يتدخل البائع في الدعوىٰ - وجب عليه الضمان، إلا إذا أثبت أن الحكم الصادر في الدعوىٰ كان نتيجة لتدليس من المشتري أو لخطأ جسيم منه.

3- وإذا لم يخطر المشتري البائع بالدعوىٰ في الوقت الملائم، وصدر عليه حكم حاز قوة الأمر المقضي - فقد حقه في الرجوع بالضمان إذا أثبت البائع أن تدخله في الدعوىٰ كان يؤدي إلىٰ رفض دعوىٰ الاستحقاق.

الفقرة الأولىٰ من هذه المادة تقابل الفقرة الأولىٰ من المادة (440) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ أنه: «إذا رفعت علىٰ المشتري دعوىٰ باستحقاق المبيع وأخطر بها البائع، كان علىٰ البائع بحسب الأحوال ووفقًا لقانون المرافعات - أن يتدخل في الدعوىٰ إلىٰ جانب المشتري، أو أن يحل فيها محله».

وقد عدلت في هذه الفقرة عبارة: «وأخطر بها البائع» إلىٰ: «وجب عليه أن يبادر إلىٰ إخطار البائع بذلك» وذلك لإظهار أن الإخطار واجب يقع علىٰ المشتري، ما دام أن عدم القيام به يؤدي إلىٰ فقد حقه في الرجوع بالضمان، وعدلت كلمة: «كان» إلىٰ: «ويكون»؛ لأن سياق العبارة يقتضي ذلك، وحذفت عبارة: «ووفقًا لقانون المرافعات»؛ لأنها من قبيل التزيد.

أما الفقرتان الثانية والثالثة من المادة المقترحة، فتطابقان الفقرتين الثانية والثالثة من المادة (440) من التقنين الحالي.

والمادة المقترحة تقابل المادة (483) من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي:

«1 - إذا رفعت علىٰ المشتري دعوىٰ باستحقاق المبيع كليًّا أو جزئيًّا - وجب عليه المبادرة بإدخال البائع فيها.

2- فإذا لم يقم بإدخاله وصدر لصالح الغير حكم نهائي، سقط الضمان عن البائع إذا ثبت أن إدخاله في دعوىٰ الاستحقاق كان من شأنه أن يؤدي إلىٰ رفضها».

وتقابل المادة (504) من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي:

«1 - الخصومة في استحقاق المبيع قبل تسلمه يجب أن توجه إلىٰ البائع والمشتري معًا.

2- فإذا كانت الخصومة بعد تسلم المبيع، وأراد المشتري الرجوع علىٰ البائع، وجب إدخاله في الدعوىٰ».

وتقابل المادة (551) من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي:

«1- لا يرجع المشتري بالضمان إذا لم يثبت الاستحقاق إلا بإقراره أو بنكوله.

2- ومع ذلك يرجع بالضمان حتىٰ لو لم يثبت إلا بإقراره أو بنكوله، إذا كان حسن النية، وكان قد أعذر البائع بدعوىٰ الاستحقاق في الوقت الملائم، ودعاه للدخول معه في الدعوىٰ، فلم يفعل. هذا ما لم يثبت البائع أن المستحق لم يكن علىٰ حق في دعواه بالاستحقاق».

والسند الشرعي لحكم المادة المقترحة هو ما تقتضيه المحافظة علىٰ مصالح وحقوق البائع، وتمكينه من دفع دعوىٰ الاستحقاق، وبذلك يسلم له ملكه وينفذ عقده، وفي هذا مصلحة أيضًا للمشتري.

انظر: المادتين المقابلتين لنص التقنين الحالي في المشروع التمهيدي م(585 و586)، ومذكرتهما الإيضاحية والتعديلات التي أدخلت عليهما في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص 84 - 88).

مادة (408): يثبت حق المشتري في الضمان ولو اعترف وهو حسن النية للأجنبي بحقه، أو تصالح معه علىٰ هذا الحق، دون أن ينتظر في ذلك صدور حكم قضائي، متىٰ كان قد أخطر البائع بالدعوىٰ في الوقت الملائم فلم يتدخل البائع فيها، هذا ما

لم يثبت البائع أن الأجنبي لم يكن علىٰ حق في دعواه.

هذه المادة تتفق في حكمها مع المادة (441) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ أن:
«يثبت حق المشتري في الضمان ولو اعترف وهو حسن النية للأجنبي بحقه، أو تصالح معه علىٰ هذا الحق، دون أن ينتظر في ذلك صدور حكم قضائي، متىٰ كان قد أخطر البائع بالدعوىٰ في الوقت الملائم، ودعاه أن يحل محله فيها فلم يفعل، كل ذلك ما لم يثبت البائع أن الأجنبي لم يكن علىٰ حق في دعواه.

وقد عدلت في هذه المادة عبارة: «ودعاه أن يحل محله فيها فلم يفعل» إلىٰ: «فلم يتدخل البائع فيها» وعدلت عبارة: «كل ذلك» إلىٰ: «هذا».

والمادة المقترحة تقابل المادة (551) من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي:

«1 - لا يرجع المشتري بالضمان إذا لم يثبت الاستحقاق إلا بإقراره أو بنكوله.

2- ومع ذلك يرجع بالضمان حتىٰ لو لم يثبت إلا بإقراره أو بنكوله، إذا كان حسن النية، وكان قد أعذر البائع بدعوىٰ الاستحقاق في الوقت الملائم، ودعاه للدخول معه في الدعوىٰ فلم يفعل. هذا ما لم يثبت البائع أن المستحق لم يكن علىٰ حق في دعواه بالاستحقاق».

وتقابل المادتين (507) و(508) من التقنين الأردني:

فالمادة (507) من هذا التقنين تنص علىٰ أنه: «لا يملك المشتري الرجوع علىٰ البائع، إذا كان الاستحقاق مبنيًّا علىٰ إقراره أو نكوله عن اليمين».

والمادة (508) تنص على ما يأتي:

«1 - إذا صالح المشتري مدعي الاستحقاق علىٰ مال قبل القضاء له، وأنكر البائع حق المدعي - كان للمشتري أن يثبت أن المدعي محق في دعواه، وبعد الإثبات يخير البائع بين أداء ما يعادل بدل الصلح، أو رد الثمن إلىٰ المشتري.

2- وإذا كان الصلح بعد القضاء للمستحق احتفظ المشتري بالمبيع وحق له الرجوع علىٰ البائع بالثمن».

انظر: المادة المقابلة لنص التقنين الحالي في المشروع التمهيدي (587)، ومذكرتها

الإيضاحية، والتعديل الذي أدخل عليها في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص88 - 90).

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (496) من مرشد الحيران على ما يأتي:

«لا يرجع المشتري بالثمن علىٰ البائع إلا إذا ثبت استحقاق المبيع عليه بالبينة، فإن ثبت استحقاقه بإقرار المشتري أو وكيله أو بنكول المشتري أو وكيله - فلا يكون له حق في الرجوع علىٰ البائع» وحكم المادة المقترحة يعتد بإقرار المشتري في ظروف تفيد إقرار البائع بدعوىٰ الأجنبي، وذلك في ضوء حسن نية المشتري في إقراره وإخطار البائع بدعوىٰ الاستحقاق في الوقت الملائم فلم يتدخل، وعجز البائع عن إثبات عدم استحقاق الأجنبي، وفي هذا ما يتفق بمفهوم المخالفة مع حكم المادة (496) من مرشد الحيران.

مادة (409): إذا توقىٰ المشتري استحقاق المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من النقود أو بأداء شيء آخر - كان للبائع أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشتري المبلغ الذي دفعه، أو قيمة ما أدَّاه مع جميع المصروفات.

هذه المادة تطابق المادة (442) من التقنين الحالي، مع حذف عبارة: «الفوائد القانونية».

وهي تقابل المادة (508) من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي:

«1 - إذا صالح المشتري مدعي الاستحقاق علىٰ مال قبل القضاء له، وأنكر البائع حق المدعي - كان للمشتري أن يثبت أن المدعي محق في دعواه، وبعد الإثبات يخير البائع بين أداء ما يعادل بدل الصلح، أو رد الثمن إلىٰ المشتري.

2- وإذا كان الصلح بعد القضاء للمستحق، احتفظ المشتري بالمبيع، وحق له الرجوع علىٰ البائع بالثمن».

وتقابل المادة (552) من التقنين العراقي التي تنص علىٰ أنه: «إذا أثبت المستحق الاستحقاق وحكم له، ثم اتفق مع المشتري علىٰ ترك المبيع بعوض، يعتبر هذا شراء للمبيع من المستحق، وللمشتري أن يرجع علىٰ بائعه بالضمان.

انظر: المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة لنص التقنين الحالي م(588) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص91 و92).

وحكم المادة المقترحة يتناول صورة من الصلح المشار إليه في المادة السابقة، وذلك بدفع عوض لمدعي الاستحقاق، وهذه الصورة تستند إلىٰ القاعدة الشرعية التي تقضي بأن من أدىٰ مالًا حفظ به مال غيره، كان له أن يسترده، إذ المفروض في هذا وفي ضوء المادة السابقة أن المشتري فيما قام به كان حسن النية، وأنه أخطر البائع ودعاه إلىٰ التدخل فلم يفعل، وأن البائع عجز عن إثبات عدم استحقاق الأجنبي.

مادة (410):

إذا استحق كل المبيع، كان للمشتري أن يطلب من البائع:

1- ثمن المبيع.

2- قيمة الثمار التي ألزم المشتري بردها لمن استحق المبيع.

3- المصروفات النافعة التي لا يستطيع المشتري أن يلزم بها المستحق، وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان البائع سيئ النية.

4- جميع مصروفات دعوىٰ الضمان ودعوىٰ الاستحقاق، عدا ما كان المشتري يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوىٰ.

5- وبوجه عام، تعويض المشتري عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع.

هذه المادة تقابل المادة (443) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«إذا استحق كل المبيع كان للمشتري أن يطلب من البائع:

1- قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت.

2- قيمة الثمار التي التزم المشتري بردها لمن استحق المبيع.

3- المصروفات النافعة التي لا يستطيع المشتري أن يلزم بها المستحق، وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان البائع سيئ النية.

4- جميع مصروفات دعوىٰ الضمان ودعوىٰ الاستحقاق، عدا ما كان المشتري

يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوىٰ.

5- وبوجه عام، تعويض المشتري عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع.

كل هذا ما لم يكن رجوع المشتري مبنيًّا علىٰ المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله».

وقد أدخلت على هذه المادة التعديلات الآتية:

1- **استعيض عن البند الأول من هذه المادة بالعبارة الآتية:** «ثمن المبيع».

2- **حذفت العبارة الأخيرة من هذه المادة وهي التي تقول:** «كل هذا ما لم يكن رجوع المشتري مبنيًّا علىٰ المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله».

وحكم المادة المقترحة في رجوع المشتري علىٰ البائع بالثمن عند الاستحقاق - يتفق مع ما يقرره الفقه الإسلامي، فقد نصت المادة (491) من مرشد الحيران علىٰ أن: «البائع ضامن للمبيع بثمنه عند استحقاقه للغير». راجع أيضًا المادتين (499 و500)، والمواد من (501) إلىٰ (504) من مرشد الحيران.

والمادة المقترحة تقابل المادة (554) من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي:

«1 - إذا استحق المبيع علىٰ المشتري، وكان البائع لا يعلم وقت البيع باستحقاق المبيع - فللمشتري استرداد الثمن بتمامه نقصت قيمة المبيع أو زادت، وله أن يسترد أيضًا قيمة الثمار التي ألزم بردها للمستحق، والمصروفات النافعة التي صرفها، وجميع مصروفات دعوىٰ الضمان ودعوىٰ الاستحقاق، عدا ما كان يستطيع المشتري أن يتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوىٰ.

2- أما إذا كان البائع يعلم وقت البيع باستحقاق المبيع، فللمشتري أن يسترد فوق ذلك ما زادت به قيمة المبيع عن الثمن، والمصروفات الكمالية التي أنفقها علىٰ المبيع، وأن يطلب تعويضًا عما لحقه من خسارة، أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع».

وتقابل المادة (505) من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي:

«1 - إذا قضي باستحقاق المبيع، كان للمستحق الرجوع علىٰ البائع بالثمن إذا أجاز البيع، ويخلص المبيع للمشتري.

2- فإذا لم يجز المستحق البيع انفسخ العقد، وللمشتري أن يرجع علىٰ البائع بالثمن.

3- ويضمن البائع للمشتري ما أحدثه في المبيع من تحسين نافع مقدرًا بقيمته يوم التسليم للمستحق.

4- ويضمن البائع أيضًا للمشتري الأضرار التي نشأت باستحقاق المبيع».

وتقابل المادة (484) من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي:

«1 - إذا استحق المبيع كله، كان للمشتري أن يسترد الثمن من البائع، ويرجع عليه بكل ما لحقه من خسارة، وما فاته من كسب، بسبب استحقاق المبيع.

2- ومع ذلك يقتصر حق المشتري علىٰ استرداد الثمن، إذا أثبت البائع له أنه لم يكن يعلم عند البيع بسبب الاستحقاق».

انظر: المادة المقابلة لنص التقنين الحالي في المشروع التمهيدي (589)، ومذكرتها الإيضاحية، والتعديلات التي أدخلت عليها في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص94 - 98).

مادة (411):

1- إذا استحق بعض المبيع، أو وجد مثقلًا بحق أو قيد، وكانت خسارة المشتري من ذلك قد بلغت قدرًا لو علم به لما أتم العقد - كان له أن يرد المبيع وما أفاده منه علىٰ أن يعوضه البائع علىٰ النحو المبين في المادة السابقة.

2- فإذا اختار المشتري استيفاء المبيع، أو كانت الخسارة التي لحقته لم تبلغ القدر المبين في الفقرة السابقة - لم يكن له إلا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق.

الفقرة الأولىٰ: من هذه المادة تتفق في حكمها مع الفقرة الأولىٰ من المادة (444) من **التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي**: «إذا استحق بعض المبيع، أو وجد مثقلًا بتكليف، وكانت خسارة المشتري من ذلك بلغت قدرًا لو علمه لما أتم العقد - كان له

أن يطالب البائع بالمبالغ المبينة في المادة السابقة علىٰ أن يرد له المبيع وما أفاده منه».

وقد استبدلت في هذه الفقرة عبارة: «أو وجد مثقلًا بحق أو قيد»، بعبارة: «أو وجد مثقلًا بتكليف» للإيضاح. فقد يكون المبيع مثقلًا بحق، كحق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن أو حق امتياز أو ضريبة تحسين ترتبت علىٰ أعمال المنافع العامة. وقد يكون مثقلًا بقيد، كالقيد الناشئ من اعتماد خط التنظيم، ولكن لا يدخل في معنىٰ القيد ما يفرضه القانون بصفة عامة علىٰ جميع الملاك.

كما أدخل علىٰ هذه الفقرة تعديل لفظي علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة.

أما الفقرة الثانية من المادة المقترحة فإنها مطابقة للفقرة الثانية من المادة (444) من التقنين الحالي.

ويتفق حكم المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الإسلامي في استحقاق بعض المبيع. فقد نصت المادة (505) من مرشد الحيران علىٰ أنه: «إذا استحق بعض المبيع قبل القبض بطل البيع في القدر المستحق، ويخير المشتري في الباقي إن شاء رده ورجع بجميع الثمن، وإن شاء أمسكه ورجع بحصة المستحق، سواء أورث الاستحقاق عيبًا في الباقي أم لا».

كما نصت المادة (506) علىٰ أنه: «إذا قبض المبيع كله فاستحق بعضه بطل البيع بقدره. ثم إن أحدث الاستحقاق عيبًا في الباقي يخير المشتري إن شاء رده ورجع بجميع الثمن، وإن شاء أمسكه ورجع بثمن المستحق. وإن لم يحدث عيبًا في الباقي يأخذه المشتري بلا خيار، ويرجع بحصة المستحق».

والنص المقترح يعبر عن وجود عيب في المبيع بقوله: إن خسارة المشتري قد بلغت قدرًا لو علم به لما أتم العقد، إذ إن المقصود بالعيب في تعبير الفقه الإسلامي هنا هو تفريق الصفقة علىٰ المشتري، وما يسببه من خسارة.

والتعويض المشار إليه في حالة استبقاء المبيع أو عدم بلوغ الخسارة الحد المبين في الفقرة الأولىٰ - يراد به حصة القدر المستحق من الثمن بالإضافة إلىٰ تعويض الخسائر الأخرىٰ.

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة (485) من التقنين الكويتي التي تنص

علىٰ ما يأتي:

«1 – إذا استحق بعض المبيع، أو ثبت عليه حق للغير، وكانت خسارة المشتري من ذلك قد بلغت قدرًا لو علمه لما أتم العقد – كان له أن يرد المبيع وما أفاده منه علىٰ أن يعوض في حدود ما تقضي به المادة السابقة.

2– فإذا اختار المشتري استبقاء المبيع، أو كانت الخسارة التي لحقته لم تبلغ القدر المبين في الفقرة الأولىٰ – لم يكن له إلا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق وفقًا لما تقضي به المادة السابقة».

وتقابل المادة (555) من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي:

«1 – إذا استحق بعض المبيع، أو كان مثقلًا بتكليف لا علم للمشتري به وقت العقد – كان للمشتري أن يفسخ العقد.

2– وإذا اختار المشتري الباقي من المبيع، فله أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق».

وتقابل المادة (509) من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي:

«1 – إذا استحق بعض المبيع قبل أن يقبضه كله، كان للمشتري أن يرد ما قبض ويسترد الثمن، أو يقبل البيع ويرجع بحصة الجزء المستحق.

2– وإذا استحق بعض المبيع بعد قبضه كله، وأحدث الاستحقاق عيبًا في الباقي – كان للمشتري رده والرجوع علىٰ البائع بالثمن، أو التمسك بالباقي بحصته من الثمن، وإن لم يحدث عيبًا وكان الجزء المستحق هو الأقل، فليس للمشتري إلا الرجوع بحصة الجزء المستحق.

3– فإذا ظهر بعد البيع أن علىٰ المبيع حقًّا للغير كان للمشتري الخيار بين انتظار رفع هذا الحق أو فسخ البيع والرجوع علىٰ البائع بالثمن».

مادة (412): لا يضمن البائع حقًّا أو قيدًا يثقل المبيع إذا كان قد أبان عنه للمشتري، أو كان هذا القيد قيدًا قانونيًّا علىٰ الملكية.

هذه المادة مستحدثة، وبمقتضاها يعفىٰ البائع مع ضمان حق أو قيد يكون المبيع

مثقلًا به إذا أبان عنه للمشتري، ذلك أن قبول المشتري للمبيع بعد أن أبان البائع عما يثقله من حق أو قيد - يستفاد منه نزول المشترىٰ عن الضمان، وبالتالي إعفاء البائع منه، غير أنه إذا كان القيد الذي يثقل المبيع قيدًا قانونيًّا علىٰ الملكية، بحيث يفرضه القانون علىٰ جميع الملاك - فلا يضمنه البائع سواء أبان عنه للمشتري أو لم يبن عنه، وسواء ثبت أن المشتري يعرفه أو لم يثبت، ما دام أنه قيد يفرضه القانون ويفترض علم المشتري به.

والواقع أن قيود الملكية بهذا المعنىٰ، كحقوق الشرب والمجرىٰ والمسيل والمرور - ليست حقوق ارتفاق بالمعنىٰ الصحيح، إذ إنها قيود قانونية مفروضة علىٰ جميع الملاك.

ولذلك لا يضمنها البائع حتىٰ لو ضمن خلو المبيع من حقوق الارتفاق.

وقد رئي في ظل المادة المقترحة أن يستغنىٰ عن حكم الفقرة الثانية من المادة (445) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ أن: «يفترض في حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان إذا كان هذا الحق ظاهرًا، أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري».

فإذا كان المبيع مثقلًا بحق ارتفاق، فلا يضمنه البائع إذا كان قد أبان عنه للمشتري، وذلك طبقًا لما تقضي به المادة المقترحة، وإذا كان حق الارتفاق ظاهرًا، ولم يبن عنه البائع للمشتري، سرىٰ حكم القواعد العامة، حيث يتحمل البائع بالضمان ولا يكفي لإسقاط هذا الضمان أن يكون المشتري عالمًا بحق الارتفاق، وليس هناك ما يدعو إلىٰ الإبقاء علىٰ حكم التقنين الحالي الذي يقضي بعدم الضمان إذا كان حق الارتفاق ظاهرًا، حتىٰ ولو لم يبن عنه البائع للمشتري، فهذه خصوصية ترجع إلىٰ تقاليد القانون الروماني، ولم يعد هناك مبرر للأخذ بها.

والمادة المقترحة تقابل المادة (486) من التقنين الكويتي التي تنص علىٰ أنه: «لا يضمن البائع حقًّا ينقص من انتفاع المشتري بالمبيع إذا كان قد أبان عنه للمشتري وقت التعاقد، أو كان هذا الحق ارتفاقًا ظاهرًا أو ناشئًا عن قيد قانوني علىٰ الملكية».

والسند الشرعي للمادة المقترحة هو القبول الضمني من جانب المشتري، ما دام البائع قد أبان له عما يثقل المبيع من حق أو قيد.

أما القيد القانوني علىٰ الملكية فهو قيد عام يفترض علم الكافة به.

مادة (413):

1- لا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا علىٰ زيادة ضمان الاستحقاق أو إنقاصه أو إسقاطه.

2- ولا يمنع علم المشتري بسبب الاستحقاق من وجوب الضمان علىٰ البائع.

هذه المادة تقابل الفقرتين الأولىٰ والثانية من المادة (445) والمادة (446) من التقنين الحالي.

فالمادة (445) فقرة أولى وثالثة من هذا التقنين تنص على ما يأتي:

«1- يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا ضمان الاستحقاق، أو أن ينقصا منه، أو يسقطا هذا الضمان.

2- ويقع باطلًا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبي».

والمادة (446) تنص على ما يأتي:

«1 - إذا اتفق علىٰ عدم الضمان، بقي البائع مع ذلك مسئولًا عن أي استحقاق ينشأ من فعله، ويقع باطلًا كل اتفاق يقضي بغير ذلك.

2- أما إذا كان استحقاق المبيع قد نشأ من فعل الغير، فإن البائع يكون مسئولًا عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق، إلا إذا أثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق، أو أنه اشترىٰ ساقط الخيار».

وتقابل المادتين (556 و557) من التقنين العراقي:

فالمادة (556) من هذا التقنين تطابق المادة (445) من التقنين المصري الحالي.

والمادة (557) تنص على ما يأتي:

«1 - إذا اتفق علىٰ عدم الضمان، بقي البائع مع ذلك مسئولًا عن أي استحقاق ينشأ عن فعله، ويقع باطلًا كل اتفاق يقضي بغير ذلك.

2- أما إذا كان استحقاق المبيع قد نشأ من فعل الغير، فإن البائع يكون مسئولًا عن رد الثمن فقط».

وتقابل المادتين (487 و488) من التقنين الكويتي:

فالمادة (487) من هذا التقنين تنص على ما يأتي:

«1- يجوز للمتعاقدين الاتفاق علىٰ زيادة ضمان الاستحقاق أو إنقاصه أو إسقاطه.

2- ومع ذلك يقع باطلًا كل شرط بإنقاص الضمان أو إسقاطه. إذا كان البائع قد تعمد إخفاء سبب الاستحقاق أو كان الاستحقاق ناشئًا عن فعله».

والمادة (488) تنص علىٰ أنه: «إذا كان شرط عدم الضمان صحيحًا، فإن البائع يكون مع ذلك مسئولًا عن رد الثمن، إلا إذا أثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق، أو أنه اشترىٰ ساقط الخيار».

وقد رئي في المادة المقترحة الأخذ بما يخالف الأحكام الواردة في التقنين المصري الحالي والتقنين العراقي والتقنين الكويتي علىٰ نحو يكون الحكم فيه مطلقًا.

فلا يجوز الاتفاق علىٰ زيادة ضمان الاستحقاق. ولا يجوز الاتفاق علىٰ إنقاص هذا الضمان أو إسقاطه، سواء تعمد البائع إخفاء سبب الاستحقاق أو لم يتعمد ذلك، ويكون البائع مسئولًا عن أي استحقاق، سواء نشأ هذا الاستحقاق من فعله أو نشأ من فعل الغير، وسواء كان المشتري يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق أو لا يعلمه، وحتىٰ لو كان المشتري قد اشترىٰ ساقط الخيار.

وذلك اتساقًا مع ما قرره المشروع في المادة (229) منه التي تنص على ما يأتي:

«1- لا يجوز الاتفاق علىٰ أن يتحمل المدين تبعة القوة القاهرة.

2- وكذلك لا يجوز الاتفاق علىٰ إعفاء المدين من المسئولية المترتبة علىٰ عدم تنفيذ التزامه التعاقدي».

وقد رأينا أن هذا الحكم يخالف ما نصت عليه المادة (217/ 1) و(2) من التقنين المصري الحالي، والمادة (259/ 1) و(2) من التقنين العراقي، والمادتين (295 و296) من التقنين الكويتي.

ورأينا ما جاء في المادة (229/ 5) من المشروع قد روعي فيه مبدأ أساسي في الشريعة الإسلامية، هو ما جاء في الآية الكريمة: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾،

مما لا يسوغ معه أن يتفق مقدمًا علىٰ زيادة مسئولية المدين أو الإعفاء منها.

وهذا المبدأ الشرعي هو الذي روعي أيضًا في حكم المادة المقترحة.

فهذا المبدأ من ناحية يدعو إلىٰ عدم إلزام المتعاقد بأكثر مما يقتضيه حكم العقد، مما لا يسوغ معه أن يتفق علىٰ تحميل البائع بما يزيد في ضمان الاستحقاق، ويوجب من ناحية أخرىٰ إلزام المتعاقد بما يقتضيه حكم العقد، مما لا يسوغ معه أن يتفق علىٰ إنقاص ضمان الاستحقاق الذي يقع علىٰ عاتق البائع أو إسقاطه عنه. وما تقضي به الفقرة الثانية من المادة المقترحة يتفق مع القواعد العامة، فلا يمنع علم المشتري بسبب الاستحقاق من وجوب الضمان علىٰ البائع، إذ إن المشتري قد يعتقد أن البائع سيحصل علىٰ ملكية المبيع من مالكه الحقيقي، أو أنه سيدفع تعرض الأجنبي الذي له حقوق أخرىٰ متعلقة بالمبيع، فإذا لم يتحقق ما يعتقده المشتري فاستحق المبيع كله أو بعضه، رجع المشتري بضمان الاستحقاق علىٰ البائع.

ويتفق حكم المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الإسلامي في هذا الصدد، فقد نصت المادة (492) من مرشد الحيران علىٰ أنه: «لا يصح اشتراط عدم ضمان البائع لثمن المبيع عند استحقاق المبيع، ويفسد البيع بهذا الشرط».

كما نصت المادة (494) من مرشد الحيران علىٰ أن: «علم المشتري بكون المبيع ليس ملكًا للبائع لا يمنع من رجوعه بالثمن علىٰ البائع عند استحقاق المبيع».

كما يتفق مع ما نصت عليه المادة (506) من التقنين الأردني، وهي تطابق المادتين (492 و494) من مرشد الحيران.

مادة (414):

1- يكون البائع ملزمًا بالضمان إذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه، أو إذا كان بالمبيع في هذا الوقت عيب ينقص من قيمته، أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين في العقد ومما هو ظاهر من طبيعة الشيء، أو الغرض الذي أعد له، ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالمًا بوجوده.

2- ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع، أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب، أو أثبت أن البائع قد تعمد إخفاء العيب غشًّا منه.

هذه المادة تطابق المادة (447) من التقنين الحالي، مع إضافة عبارة: «في هذا الوقت» في الفقرة الأولىٰ للإيضاح، إذ إن شرط وقت التسليم يسري علىٰ الحالتين المنصوص عليهما في صدر المادة.

وتقابل المادتين (558 و559) من التقنين العراقي:

فالمادة (558) من هذا التقنين تنص على ما يأتي:

«1 - إذا ظهر بالمبيع عيب قديم، كان المشتري مخيرًا إن شاء رده، وإن شاء قبله بثمنه المسمىٰ.

2- والعيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وأرباب الخبرة، أو ما يفوت به غرض صحيح إذا كان الغالب في أمثال المبيع عدمه، ويكون قديمًا إذا كان موجودًا في المبيع وقت العقد أو حدث بعده وهو في يد البائع قبل التسليم».

والمادة (559) تنص علىٰ أنه: «لا يضمن البائع عيبًا قديمًا كان المشتري يعرفه، أو كان يستطيع أن يتبينه بنفسه لو أنه فحص المبيع بما ينبغي من العناية، إلا إذا أثبت أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب، أو أخفىٰ عنه العيب غشًّا منه».

وتقابل المواد (489 و491 و498) من التقنين الكويتي:

فالمادة (493) من هذا التقنين تنص علىٰ أن: «يكون البائع ملزمًا بالضمان وفقًا لأحكام المادة (485)، إذا كان بالمبيع وقت البيع عيب ينقص من قيمته، أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة منه، مستفادة مما هو مبين في العقد، أو مما هو ظاهر من طبيعة المبيع، أو الغرض الذي أعد له».

والمادة (495) تنص علىٰ أنه: «لا يضمن البائع عيبًا كان المشتري يعرفه وقت البيع، أو كان يستطيع أن يتبينه بنفسه لو أنه فحص المبيع بما ينبغي من العناية، إلا إذا

أثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب، أو أنه قد تعمد إخفاءه غشًّا منه».

والمادة (498) تنص علىٰ أنه: «إذا لم تتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل البائع للمشتري وجودها فيه - كان للمشتري أن يطلب فسخ البيع مع التعويض، أو أن يستبقي المبيع مع طلب التعويض عمّا لحقه من ضرر بسبب عدم توافر هذه الصفات».

وتقابل المواد (512/ 2) و(513/ 2و 3 و4 و514/ 1 و2 و3) من التقنين الأردني: فالمادة (512/ 2) من هذا التقنين تنص علىٰ أن: «تسري القواعد العامة بشأن خيار العيب (انظر: م 193 - 198) علىٰ عقد البيع مع مراعاة الأحكام التالية:»

والمادة (513/ 2 و3 و4) تنص على ما يأتي:

2- ويعتبر العيب قديمًا إذا كان موجودًا في المبيع قبل البيع، أو حدث بعده وهو في يد البائع قبل التسليم.

3- يعتبر العيب الحادث عند المشتري بحكم القديم إذا كان مستندًا إلىٰ سبب قديم موجودًا في المبيع عند البائع.

4- يشترط في العيب القديم أن يكون خفيًّا والخفي هو الذي لا يعرف بمشاهدة ظاهر المبيع، أو لا يتبينه الشخص العادي، أو لا يكشفه غير خبير، أو لا يظهر إلا بالتجربة».

والمادة (514/ 1 و2 و3) تنص على ما يأتي:

«لا يكون البائع مسئولاً عن العيب القديم في الحالات الآتية:

1- إذا بين البائع عيب المبيع حين البيع.

2- إذا اشترىٰ المشتري المبيع وهو عالم بما فيه من العيب.

3- إذا رضي المشتري بالعيب بعد اطلاعه عليه، أو بعد علمه به من آخر».

ويتضح من هذه النصوص أن شروط العيب الموجب للضمان واحدة في النص المقترح، والتقنين المصري الحالي، والتقنين العراقي، والتقنين الكويتي، والتقنين الأردني.

وهذه الشروط هي الشروط ذاتها في الفقه الإسلامي: «انظر في هذا: المواد (338 -

341) من المجلة، والمواد (514 - 517) من مرشد الحيران، والمواد (84 و85 و93) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة، والمادة (89) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك.

وانظر في تخلف صفة كفل البائع للمشتري وجودها فيه: م(90) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك.

وانظر: المذكرة الإيضاحية للنصوص المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين المصري الحالي م(593 و594) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص109 - 113).

مادة (415): لا يضمن البائع عيبًا جرىٰ العرف علىٰ التسامح فيه.

هذه المادة تطابق المادة (448) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (490) من التقنين الكويتي.

وتتفق في حكمها مع ما جاء في المادة (512/ 1) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ أن: «يعتبر البيع منعقدًا علىٰ أساس خلو المبيع من العيوب إلا ما جرىٰ العرف علىٰ التسامح فيه».

وتتفق في حكمها أيضًا مع ما يقرره الفقه الإسلامي، حيث من قواعده الكلية أن «العادة محكمة...» (م (36) من المجلة). ويتفرع عن ذلك أن: «التعيين بالعرف كالتعيين بالنص» (م(45) من المجلة). وأن: «المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا» (م(43) من المجلة)، وأن: «استعمال الناس حجة يجب العمل بها، (م(37) من المجلة)، وأن: «المعروف بين التجار كالمشروط بينهم» (م (44) من المجلة)، انظر: ما لا يعد عيبًا في العرف في المادة (523) من مرشد الحيران، والمادة (353) من المجلة.

مادة (416): 1- إذا تسلم المشتري المبيع، وجب عليه التحقق من حالته بمجرد أن يتمكن من ذلك، وفقًا للمألوف في التعامل. فإذا كشف عيبًا يضمنه البائع، وجب عليه أن يخطره

به خلال مدة معقولة، فإن لم يفعل اعتبر قابلًا للمبيع.

2- أما إذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد، ثم كشفه المشتري - وجب عليه أن يخطر به البائع بمجرد ظهوره، وإلا اعتبر قابلًا للمبيع بما فيه من عيب.

هذه المادة تطابق المادة (449) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (560) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (492) من التقنين الكويتي.

وما يقضي به النص المقترح من وجوب إخطار البائع بالعيب أمر تفرضه طبيعة الأشياء وما هو مألوف في التعامل، وهو ما يقره الفقه الإسلامي، فقد نصت المادة (102) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك علىٰ أنه: «إذا حصل من المشتري بعد اطلاعه علىٰ عيب المبيع ما يدل عرفًا علىٰ الرضىٰ بالعيب من قول أو فعل أو سكوت عن طلب الرد بالعيب أكثر من يومين بغير عذر - سقط حقه في الرد به».

مادة (417): إذا أخطر المشتري البائع بالعيب في الوقت الملائم، كان له أن يرجع بالضمان علىٰ النحو المبين في المادة (411).

هذه المادة تطابق المادة (450) من التقنين الحالي.

وتتفق في حكمها مع ما جاء في صدر المادة (499) من التقنين الكويتي التي تنص علىٰ أن: «يكون البائع ملزمًا بالضمان وفقًا لأحكام المادة (485)، إذا كان بالمبيع وقت البيع عيب...».

وتقابل المادة (558/ 1) من التقنين العراقي التي تنص علىٰ أنه: «إذا ظهر في المبيع عيب قديم كان المشتري مخيرًا إن شاء رده، وإن شاء قبله بالثمن المسمىٰ».

وتقابل المادة (513/ 1) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ أنه: «إذا ظهر في المبيع عيب قديم، كان المشتري مخيرًا إن شاء قبله بالثمن المسمىٰ، وليس له إمساكه والمطالبة بما أنقصه العيب من الثمن».

انظر في الفقه الإسلامي: المواد (337 و351 و352) من المجلة، والمواد (519 - 523) من مرشد الحيران.

فقد جاء في المادة (519) من مرشد الحيران ما يأتي: «ما بيع بيعًا مطلقًا منقولًا كان أو عقارًا، وظهر للمشتري عيب قديم فيه - فله الخيار إن شاء قبله بكل الثمن، وإن شاء رده واسترد الثمن إن كان نقده للبائع». ونصت المادة (521) علىٰ أنه: «إذا بيعت جملة أشياء صفقة واحدة، وظهر ببعضها عيب قبل التسليم - فالمشتري مخير: إن شاء قبلها بالثمن المسمىٰ، وإن شاء رد جميعها، وليس له أن يرد المعيب وحده ويأخذ السالم»، ونصت المادة (521) علىٰ أنه: «إذا بيعت جملة أشياء صفقة واحدة، وظهر ببعضها عيب بعد التسليم - فإن لم يكن في تفريقها ضرر، فللمشتري أن يرد المعيب منها بحصته من الثمن سالمًا، وليس له أن يرد الجميع بدون رضىٰ البائع، وإن كان في تفريقها ضرر، فله أن يرد المبيع كله أو يقبله بكل الثمن».

وانظر: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين المصري الحالي م(596) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص122 - 124).

مادة (418): تبقىٰ دعوىٰ الضمان ولو هلك المبيع بأي سبب كان.

هذه المادة تطابق المادة (451) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (493) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (564) من التقنين العراقي التي تنص علىٰ أنه: «إذا هلك المبيع المعيب في يد المشتري فهلاكه عليه، ويرجع علىٰ البائع بنقصان الثمن».

وتقابل المادة (516) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ أنه: «إذا هلك المبيع المعيب بعيب قديم في يد المشتري، أو استهلكه قبل علمه بالعيب - رجع علىٰ البائع بنقصان العيب من الثمن».

انظر: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين المصري الحالي م(597)، والتعديل الذي أدخل عليه في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص120 و121 و124).

وانظر في الفقه الإسلامي: المادة (530) من مرشد الحيران.

مادة (419):

1- لا تسمع دعوىٰ ضمان العيب إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع تسليمًا فعليًّا ولو لم يكشف المشتري العيب إلا بعد ذلك، ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول.

2- علىٰ أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك بعدم سماع الدعوىٰ لتمام التقادم، إذا ثبت أنه ثبت تعمد أخطاء العيب غشًّا منه.

هذه المادة تقابل المادة 452 من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- تسقط بالتقادم دعوىٰ الضمان إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع ولو لم يكتشف المشتري العيب إلا بعد ذلك ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول.

2- علىٰ أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك بالسنة لتمام التقادم إذا ثبت أنه تعمد إخفاء العيب غشًّا منه».

وقد أدخلت على هذه المادة التعديلات الآتية:

(1) **استبدلت عبارة:** «لا تسمع دعوىٰ ضمان العيب» في الفقرة الأولىٰ بعبارة: «تسقط بالتقادم دعوىٰ الضمان»؛ مراعاةً للخطة التي جرىٰ عليها المشروع، وهي: الأخذ بفكرة عدم سماع الدعوىٰ بالحق بدلًا من فكرة انقضاء الحق أو سقوطه بالتقادم التي يأخذ بها التقنين الحالي.

(2) أضيف في الفقرة الأولىٰ ما يفيد أن يكون تسليم المبيع تسليمًا فعليًّا؛ لأن هذا التسليم هو الذي يتيح للمشتري أن يكشف العيب، فلا يكفي التسليم الحكمي، وبذلك يتسق الحكم مع ما هو مقرر في خصوص العجز والزيادة في مقدار المبيع، من أن التسليم يجب أن يكون تسليمًا فعليًّا (م(401) من المشروع وم (434) من التقنين الحالي).

(3) **استبدلت عبارة:** «أن يتمسك بعدم سماع الدعوىٰ لتمام التقادم» في الفقرة الثانية بعبارة: «أن يتمسك بالسنة لتمام التقادم».

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة (496) من التقنين الكويتي التي تنص علىٰ ما

يأتي:

«1 - تسقط دعوىٰ ضمان العيب إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع، ولو لم يكشف المشتري العيب إلا بعد ذلك، ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول.

2- وليس للبائع أن يتمسك بالسقوط إذا ثبت أنه تعمد إخفاء العيب غشًّا منه».

وتتفق في حكمها فيما عدا المدة، مع المادة (570) من التقنين العراقي، التي تنص علىٰ ما يأتي:

«1 - لا تسمع دعوىٰ ضمان العيب إذا انقضت ستة أشهر من وقت تسليم المبيع، حتىٰ لو لم يكشف المشتري العيب إلا بعد ذلك، ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول.

2- وليس للبائع أن يتمسك بهذه المدة لمرور الزمان، إذا ثبت أن إخفاء العيب كان بغش منه».

وتتفق في حكمها، فيما عدا المدة، مع المادة (521) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ ما يأتي:

«1- لا تسمع دعوىٰ ضمان العيب بعد انقضاء ستة أشهر علىٰ تسليم المبيع ما لم يلتزم البائع بالضمان لمدة أطول.

2- وليس للبائع أن يتمسك بهذه المدة لمرور الزمان إذا ثبت أن إخفاء العيب كان بغش منه».

والسند الشرعي للمادة المقترحة مبدأ عدم سماع الدعوىٰ بمرور الزمان؛ قطعًا للخصومة في أقل وقت ممكن، ما لم يقبل البائع مدة أطول من سنة لعدم سماع الدعوىٰ أو يرتكب غشًّا بإخفاء العيب.

مادة (420): يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا في ضمان العيب، أو أن ينقصا منه، أو أن يسقطا هذا الضمان، علىٰ أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلًا، إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب في المبيع غشًّا منه.

هذه المادة تطابق المادة (453) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (495) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادتين (567 و568) من التقنين العراقي:

فالمادة (567) من هذا التقنين تنص على ما يأتي:

«1 - إذا ذكر البائع أن في المبيع عيبًا، فاشتراه المشتري بالعيب الذي سماه - فلا خيار له في رده بالعيب المسمىٰ، وله رده بعيب آخر.

2- وإذا اشترط البائع براءته من كل عيب أو من كل عيب موجود بالمبيع - صح البيع والشرط وإن لم يسمِّ العيوب. ولكن في الحالة الأولىٰ يبرأ البائع من العيب الموجود وقت العقد، ومن العيب الحادث بعده قبل القبض، وفي الحالة الثانية يبرأ من الموجود دون الحادث».

والمادة (568) - وهي تتفق في حكمها مع المادة المقترحة - تنص علىٰ ما يأتي:

«1- يجوز أيضًا للمتعاقدين باتفاق خاص أن يحددا مقدار الضمان.

2- علىٰ أن كل شرط يسقط لضمان أو ينقصه يقع باطلًا، إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب».

وتقابل المادة (514/ 4) من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي:

«**لا يكون البائع مسئولًا عن العيب القديم في الحالات التالية:**

4- إذا باع البائع المبيع بشرط عدم مسئوليته عن كل عيب فيه أو عن عيب معين، إلا إذا تعمد البائع إخفاء العيب، أو كان المشتري بحالة تمنعه من الاطلاع علىٰ العيب».

انظر في الفقه الإسلامي: المادتين (342 و343) من المجلة، والمادتين (517 و518) من مرشد الحيران، فقد نصت المادة (517) من مرشد الحيران علىٰ أنه: «إذا ذكر البائع أن في المبيع عيبًا فاشتراه المشتري بالعيب الذي سماه له - فلا خيار له في رده بالعيب المسمىٰ، وله رده بعيب آخر، ولو قبله المشتري بجميع عيوبه، فليس له رده بالعيب المسمىٰ، ولا بعيب آخر».

أما في حالة تعمد البائع إخفاء العيب في المبيع غشًّا منه - فيبطل شرط إسقاط الضمان أو إنقاصه، انظر: المذكرة الإيضاحية للمادة (95) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك، حيث جاء فيها أن شرط براءة البائع من العيوب لا يعفيه إلا من العيوب التي لا يعلمها، أما التي علمها وأخفاها عن المشتري فلا يبرأ منها؛ لأن هذا من باب

الغش.

مادة (421): لا ضمان للعيب في البيوع القضائية ولا في البيوع الإدارية إذا تمت بطريق المزاد العلني.

هذه المادة تطابق المادة (454) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (497) من التقنين الكويتي.

وتتفق في حكمها مع المادة (569) من التقنين العراقي التي تنص علىٰ أنه: «لا تسمع دعوىٰ الضمان فيما بيع بمعرفة المحكمة أو الجهات الحكومية الأخرىٰ بطريق المزايدة العلنية».

وتتفق في حكمها مع المادة (514/ 5) من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي:

«**لا يكون البائع مسئولًا عن العيب القديم في الحالات التالية:**

5- إذا جرىٰ البيع بالمزاد من قبل السلطات القضائية أو الإدارية».

(**انظر**: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين المصري الحالي م(600) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص129).

والسند الشرعي للمادة المقترحة ما نصت عليه المادة (95) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك، حيث تقول: «بيع القاضي أو الوارث لشيء من تركة الميت لقضاء ديونه أو تنفيذ وصيته - بيع براءة وإن لم تشترط البراءة وقت البيع، فليس للمشتري أن يرد المبيع بما يظهر له فيه من عيب قديم لم يعلم به القاضي أو الوارث، وإلا فله الرد به».

مادة (422): إذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة، ثم ظهر خلل في المبيع - فعلىٰ المشتري أن يخطر البائع بهذا الخلل في مدة شهر من ظهوره، وأن يرفع الدعوىٰ في مدة ستة شهور من هذا الإخطار، وإلا سقط حقه في الضمان، كل هذا ما لم يتفق علىٰ غيره.

هذه المادة تطابق المادة (455) من التقنين الحالي.

وتقابل المادة (499) من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي:

«1- إذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة، ثم ظهر خلل في المبيع خلالها - فعلىٰ المشتري أن يخطر البائع بهذا الخلل في مدة شهر من ظهوره.

2- فإذا لم يقم البائع بإصلاح الخلل، كان للمشتري أن يطلب الفسخ مع التعويض، أو أن يستبقي المبيع ويطلب التعويض عما لحقه من ضرر بسبب الخلل، وفي الحالين يجب رفع الدعوىٰ في مدة ستة شهور من تاريخ إخطار البائع بوجود الخلل، كل هذا ما لم يتفق علىٰ خلافه».

(**انظر**: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين المصري الحالي م(601) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص130و 131).

وحكم المادة المقترحة يتناول صورة من صور خيار الوصف، وسنده الشرعي ما نصت عليه المادة (310) من المجلة، حيث تقول: «إذا باع مالًا بوصف مرغوب فظهر المبيع خاليًا عن ذلك الوصف - كان المشتري مخيرًا: إن شاء فسخ البيع، وإن شاء أخذه بجميع الثمن المسمىٰ»، وما نصت عليه المادة (90) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك، حيث تقول: «إذا شرط المشتري عند عقد البيع وجود وصف في المبيع له فيه غرض، أو جرىٰ العرف بوجود ذلك الوصف فيه، أو اعتقد وجوده فيه بسبب تغرير فِعْلِيٍّ من البائع، ثم تبين له بعد العقد عدم وجود هذا الوصف - فله الخيار في رد المبيع أو التمسك به».

التزامات المشتري:

مادة (423): يكون الثمن مستحق الوفاء في الوقت الذي يتم فيه البيع، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك.

هذه المادة تتفق في حكمها مع الفقرة الأولىٰ من المادة (457) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ أن: «يكون الثمن مستحق الوفاء في الوقت الذي يسلم فيه المبيع، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك»، إذ إنه وفقًا للقواعد العامة يسلم المبيع في الوقت الذي يتم فيه العقد.

وتقابل المادة (575) من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي:

«1 - البيع المطلق الذي لم يذكر في عقده تأجيل الثمن أو تعجيله - يجب فيه الثمن معجلًا.

2- ويجب علىٰ المشتري أن ينقد الثمن أولًا في بيع سلعة بنقد إن أحضر البائع السلعة، أما إذا بيعت سلعة بمثلها أو نقود بمثلها، فيسلم المبيع والثمن معًا».

وتقابل المادة (522) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ أن: «علىٰ المشتري تسليم الثمن عند التعاقد أولًا وقبل تسليم المبيع أو المطالبة به، ما لم يتفق علىٰ غير ذلك».

وتقابل المادة (500/ 1) من التقنين الكويتي التي تنص علىٰ أن: «يكون الثمن مستحق الأداء فور تمام البيع، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك».

وحكم المادة المقترحة يتفق مع الفقه الإسلامي، فقد نصت المادة (251) من المجلة علىٰ أن: «البيع المطلق ينعقد معجلًا، أما إذا جرىٰ العرف في محل علىٰ أن يكون البيع المطلق مؤجلًا أو مقسطًا بأجل معلوم - ينصرف البيع المطلق إلىٰ ذلك الأجل»، ونصت المادة (424) من مرشد الحيران علىٰ أن: «البيع المطلق الذي لم يذكر في عقده تأجيل الثمن أو تعجيله - يجب فيه الثمن معجلًا ويدفع في الحال، إلا إذا جرىٰ عرف البلدة وعادتها أن يكون الدفع مؤجلًا أو مقسطًا بأجل معلوم، فإن كان كذلك يلزم اتباع العرف والعادة الجارية».

وانظر: المادة (33) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب أبي حنيفة.

وانظر: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل لنص التقنين الحالي في المشروع التمهيدي م(606) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 4 / ص 135 - 137).

مادة (424): يكون الثمن مستحق الوفاء في المكان الذي يسلم فيه المبيع، فإذا لم يكن الثمن مستحقًّا وقت تسليم المبيع، وجب الوفاء به في المكان الذي يوجد فيه موطن المشتري وقت استحقاق الثمن، وهذا كله ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره.

هذه المادة تتفق في حكمها مع المادة (456) من التقنين الحالي التي تنص على

ما يأتي:

«1 - يكون الثمن مستحق الوفاء في المكان الذي سلم فيه المبيع، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك.

2- فإذا لم يكن الثمن مستحقًّا وقت تسليم المبيع، وجب الوفاء به في المكان الذي يوجد فيه موطن المشتري وقت استحقاق الثمن».

وقد رئي اندماج هاتين الفقرتين، والتنويه في نهاية المادة بجواز مخالفة كل أحكامها باتفاق أو عرف، رغبة في الإيضاح.

والمادة المقترحة تتفق في أحكامها مع المادة (573) من التقنين العراقي التي تنص علىٰ أنه: «إذا كان مكان أداء الثمن معينًا في العقد، لزم أداؤه في المكان المشترط أداؤه فيه، فإذا لم يعين المكان وجب أداؤه في المكان الذي يسلم فيه المبيع، وإذا لم يكن الثمن مستحقًّا عند تسليم المبيع وجب الوفاء به في موطن المشتري وقت الاستحقاق، ما لم يوجد عرف أو قانون يقضي بغير ذلك».

وتتفق في أحكامها مع المادة (501) من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي:

«1 - يكون الثمن مستحق الأداء في المكان الذي يتم فيه تسليم المبيع، فإذا لم يكن الثمن مستحقًّا وقت تسليم المبيع، وجب أداؤه في موطن المشتري.

2- وذلك كله ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك».

وتقابل المادة (526) من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي:

«1 - يلزم المشتري تسليم الثمن المعجل في مكان وجود المبيع وقت العقد، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يغاير ذلك.

2- إذا كان الثمن دَيْنًا مؤجلًا علىٰ المشتري، ولم يجر الاتفاق علىٰ الوفاء به في مكان معين - لزم أداؤه في موطن المشتري وقت حلول الأجل».

انظر: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل لنص التقنين الحالي في المشروع التمهيدي لهذا التقنين م (605) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص136 و137).

وانظر في الفقه الإسلامي: المادتين (251) من المجلة، و(424) من مرشد الحيران.

مادة (425):

1- إذا كان الثمن مستحق الأداء وأعذر البائع المشتري، أو إذا سلم المبيع وكان قابلًا أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرىٰ - جاز للبائع أن يطالب بتعويض الضرر الذي لحقه بسبب التأخير في الوفاء بالثمن، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره.

2- وللمشتري ثمر المبيع ونماؤه، وعليه تكاليفه، من وقت تمام البيع، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره.

هذه المادة تقابل المادة (458) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1 - لا حق للبائع في الفوائد القانونية عن الثمن، إلا إذا أعذر المشتري، أو إذا سلم الشيء المبيع، وكان هذا الشيء قابلًا أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرىٰ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره.

2- وللمشتري ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضًا، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره».

وقد عدلت الفقرة الأولىٰ من هذه المادة علىٰ نحو يتفق مع الخطة التي سار عليها المشروع من تحريم الفوائد، سواء كانت مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود، أو التأخير في الوفاء به (م 235/ 1 من المشروع). حيث طبق المشروع القاعدة العامة الواردة في المادة (236) منه، والتي تنص علىٰ أنه: «إذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود، وتأخر المدين في الوفاء به - جاز للدائن أن يطالب بتعويض الضرر الذي لحقه بسبب هذا التأخير». فطبقًا لهذه القاعدة يجوز للبائع أن يطالب بتعويض الضرر الذي لحقه بسبب التأخير في الوفاء بالثمن، إذا كان الثمن مستحق الأداء وأعذر البائع المشتري، أو إذا سلم المبيع وكان قابلًا أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرىٰ.

أما الفقرة الثانية من المادة المقترحة فتطابق الفقرة الثانية من المادة المقابلة في التقنين الحالي، مع تعديل لفظي.

والمادة المقترحة تقابل المادة (465) من التقنين الكويتي التي تنص علىٰ أن: «يكون للمشتري ثمر المبيع ونماؤه، وعليه تكاليفه من وقت البيع، ومع ذلك إذا لم يكن البائع قد استوفىٰ الثمن بتمامه، لا يكون للمشتري من الثمار إلا بقدر ما أداه من الثمن، وذلك كله ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلافه».

وتقابل المادة (572) من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي:

«1 - لا حق للبائع في الفوائد القانونية عن الثمن المستحق الأداء، إلا إذا أعذر المشتري أو سلمه الشيء المبيع، وكان هذا قابلًا أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرىٰ، وذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره.

2- والزيادة الحاصلة في المبيع بعد العقد وقبل القبض كالثمرة والنتاج - تكون حقًّا للمشتري، وعليه تكاليف المبيع، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك».

وحكم الفقرة الثانية من المادة المقترحة يتفق مع الفقه الإسلامي، فقد نصت المادة (480) من مرشد الحيران علىٰ أن: «الزوائد التي تحصل في المبيع بعد العقد وقبل القبض كالثمار والنتاج - تكون حقًّا للمشتري». ويعتبر هذا النص تطبيقًا للقاعدة العامة التي تقضي بأن الملك ينتقل بالعقد، ومن ثم تكون للمشتري ثمار المبيع وعليه تكاليفه.

مادة (426):

1- إذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الأداء في الحال، فللبائع أن يحبس المبيع حتىٰ يستوفي ما هو مستحق له، ولو قدم المشتري رهنًا أو كفالة. هذا ما لم يمنح البائع المشتري أجلًا بعد البيع.

2- وكذلك يجوز للبائع أن يحبس المبيع، ولو لم يحل الأجل المشترط لدفع الثمن، إذا سقط حق المشتري في الأجل وفقًا لأحكام المادة (261).

هذه المادة تطابق المادة (459) من التقنين الحالي، مع استبدال كلمة: «الأداء» بكلمة: «الدفع» في الفقرة الأولىٰ، واستبدال كلمة: «وفقًا» بكلمة: «طبقًا» في الفقرة الثانية، وتغيير رقم المادة المحال عليها في هذه الفقرة من (273) إلىٰ (261).

والفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة تطابق المادة (503) من التقنين الكويتي.

والمادة المقترحة تقابل المواد (577 و578 و579 و580) من التقنين العراقي.

فالمادة (577) من هذا التقنين تنص على ما يأتي:

«1 - للبائع حق حبس المبيع إلىٰ أن يستوفي ما هو حال من الثمن، ولو كان المبيع جملة أشياء بيعت صفقة واحدة، فله حبسه إلىٰ أن يستوفي الثمن الحال، سواء سمي لكل

منها ثمن أو لم يسمّ.

2- حق إعطاء المشتري رهنًا أو كفالة بالثمن لا يسقط حق الحبس».

والمادة (578) تنص على ما يأتي:

«1 - إذا سلم البائع المبيع قبل قبض الثمن، فقد أسقط حق حبسه، وليس للبائع في هذه الحالة أن يسترد المبيع من يد المشتري ويحبسه إلىٰ أن يستوفي الثمن.

2- وقبض المشتري المبيع بدون إذن البائع قبل أداء الثمن لا يكون معتبرًا، وللبائع حق استرداده، فإن هلك المبيع أو تعيب وهو في يد المشتري، ينقلب القبض معتبرًا، ويلزم المشتري بأداء ما في ذمته من الثمن».

والمادة (579) تنص على ما يأتي:

«1 - إذا كان الثمن مؤجلًا في عقد البيع، أو رضي البائع بتأجيله بعد البيع - فلا حق له في حبس المبيع، بل يلزم بتسليمه إلىٰ المشتري، ولا يطالب بالثمن قبل حلول الأجل.

2- علىٰ أنه يجوز للبائع أن يحبس المبيع حتىٰ ولو لم يحل الأجل المشترط لدفع الثمن، إذا كان المشتري قد أضعف ما قدمه من تأمينات للوفاء بالثمن، أو كان في حالة إعسار يوشك معها أن يضيع الثمن علىٰ البائع، هذا ما لم يقدم المشتري كفالة».

وهذه الفقرة تطابق الفقرة الثانية من المادة (607) في المشروع التمهيدي للتقنين المصري الحالي، ولكن لجنة المراجعة عدلتها بحذف الجزء الأخير منها، وإحالة الحكم الوارد فيه علىٰ المادة الخاصة بسقوط حق المدين في الأجل، وذلك علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة والمادة (459) من التقنين الحالي.

والمادة (580) تنص علىٰ أنه: «إذا مات المشتري مفلسًا قبل قبض المبيع ودفع الثمن، فللبائع حق حبسه إلىٰ أن يستوفي الثمن، أو تبيعه المحكمة وتؤدي للبائع حقه من ثمنه، فإن زاد عن حق البائع يدفع الزائد لباقي الغرماء، وإن نقص ولم يوفِّ حق البائع بتمامه، فيكون أسوة للغرماء فيما بقي له».

وتقابل المواد (523 و524 و530) من التقنين الأردني.

فالمادة (523) من هذا التقنين تنص على ما يأتي:

«1 - للبائع أن يحتبس المبيع حتىٰ يستوفي ما هو مستحق له من الثمن ولو قدم

المشتري رهنًا أو كفالة.

2- فإذا قبل البائع تأجيل الثمن سقط حقه في احتباس المبيع والتزم بتسليمه للمشتري».

والمادة (524) تنص على ما يأتي:

«1 - إذا قبض المشتري المبيع قبل أداء الثمن علىٰ مرأىٰ من البائع ولم يمنعه - كان ذلك إذنًا بالتسلم.

2- وإذا قبض المشتري المبيع قبل أداء الثمن بدون إذن البائع - كان للبائع استرداده، وإذا هلك أو تعيب في يد المشتري اعتبر متسلمًا، إلا إذا شاء البائع استرداده معيبًا».

والمادة (530) تنص على ما يأتي:

«1 - إذا تسلم المشتري المبيع، ثم مات مفلسًا قبل أداء الثمن - فليس للبائع استرداد المبيع، ويكون الثمن دينًا علىٰ التركة، والبائع أسوة سائر الغرماء.

2- وإذا مات المشتري مفلسًا قبل تسلم المبيع وأداء الثمن - كان للبائع حبس المبيع حتىٰ يستوفي الثمن، ويكون أحق من سائر الغرماء باستيفاء الثمن منه.

3- وإذا قبض البائع الثمن ومات مفلسًا قبل تسليم المبيع - كان المبيع أمانة في يده، والمشتري أحق به من سائر الغرماء».

وتتفق أحكام المادة المقترحة مع أحكام الفقه الإسلامي: انظر في هذا: المواد من (278 إلىٰ 297) من المجلة، والمواد من (454) إلىٰ (459) من مرشد الحيران، والمادة (35) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة ومذكرتها الإيضاحية.

مادة (427):

1- إذا تعرض أحد للمشتري مستندًا إلىٰ حق سابق علىٰ البيع أو آيل إليه من البائع، أو إذا خيف لأسباب جدية أن يستحق المبيع - جاز للمشتري ما لم يمنعه شرط في العقد أن يحبس الثمن حتىٰ ينقطع التعرض، أو يزول خطر الاستحقاق،

ولكن يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن علىٰ أن يقدم ضمانًا.

2- ويسري حكم الفقرة السابقة في حالة ما إذا كشف المشتري عيبًا في المبيع.

هذه المادة تقابل المادة (457) فقرة ثانية وثالثة من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي:

«2- فإذا تعرض أحد للمشتري مستندًا إلىٰ حق سابق علىٰ البيع أو آيل من البائع، أو إذا خيف علىٰ المبيع أن ينزع من يد المشتري - جاز له ما لم يمنعه شرط في العقد أن يحبس الثمن حتىٰ ينقطع التعرض أو يزول الخطر، ومع ذلك يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن علىٰ أن يقدم كفيلًا.

3- ويسري حكم الفقرة السابقة في حالة ما إذا كشف المشتري عيبًا في المبيع».

وقد استبدلت في الفقرة الثانية من هذه المادة عبارة: «أو إذا خيف لأسباب جدية أن يستحق المبيع» بعبارة: «أو إذا خيف علىٰ المبيع أن ينزع من يد المشتري» وعبارة: «أو يزول خطر الاستحقاق» بعبارة: «أو يزول الخطر» وكلمة: «ضمانًا» بكلمة: «كفيلًا».

والمادة المقترحة تقابل المادة (576) من التقنين العراقي التي تنص علىٰ ما يأتي:

«1 - إذا تعرض أحد للمشتري مستندًا إلىٰ حق سابق علىٰ عقد البيع أو آيل من البائع أو إذا خيف لأسباب جدية علىٰ المبيع أن يستحق - جاز للمشتري ما لم يمنعه شرط في العقد أن يحبس الثمن حتىٰ ينقطع التعرض، أو يزول خطر الاستحقاق، ولكن يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن علىٰ أن يقدم كفيلًا.

2- ويسري حكم الفقرة السابقة في حالة ما إذا كشف المشتري عيبًا في المبيع، وطلب الفسخ أو نقصان الثمن».

وتقابل المادة (500/ 2 و3) من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي:

«2 - فإذا تعرض أحد للمشتري مستندًا إلىٰ حق سابق علىٰ البيع، أو آيل من البائع، أو نتيجة لفعله، أو إذا خيف لأسباب جدية أن يستحق المبيع - جاز للمشتري ما لم يمنعه شرط في العقد أن يحبس الثمن حتىٰ ينتهي التعرض، أو يزول خطر الاستحقاق، ولكن يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن علىٰ أن يقدم كفيلًا.

3- ويسري حكم الفقرة السابقة إذا ظهر عيب في المبيع».

وتقابل المادة (528) من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي:

«1 - إذا رفعت علىٰ المشتري دعوىٰ باستحقاق المبيع مستندة إلىٰ حق سابق علىٰ البيع، أو آيل إليه من البائع - جاز للمشتري أن يحتبس الثمن حتىٰ يقدم البائع كفيلًا مليئًا يضمن للمشتري رد الثمن عند ثبوت الاستحقاق، وللبائع أن يطلب إلىٰ المحكمة تكليف المشتري إيداع الثمن لديها بدلًا من تقديم كفيل.

2- ويسري حكم الفقرة السابقة إذا تبين المشتري في المبيع عيبًا قديمًا مضمونًا علىٰ البائع».

انظر: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل لنص التقنين الحالي في المشروع التمهيدي م(606) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص136).

وأحكام المادة المقترحة تتفق مع الفقه الإسلامي، فقد نصت المادة (99) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام الشافعي علىٰ أن: «لكل من العاقدين حبس عوضه الحال ابتداء إن خاف فوته حتىٰ يقبض مقابلة، أما المؤجل وإن حل فليس لأحدهما حبس مقابله حتىٰ يقبضه».

ونصت المادة (89) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة علىٰ أنه: «إذا قبض المشتري المبيع ثم ادعىٰ عيبًا فيه، لا يجبر علىٰ دفع الثمن إن أثبت العيب، أو نكل البائع عن الحلف».

مادة (428): إذا هلك المبيع في يد البائع وهو حابس له، كان الهلاك علىٰ المشتري، ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع.

هذه المادة تطابق المادة (460) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (504) من التقنين الكويتي.

وحكم المادة المقترحة يتفق مع الفقه المالكي، الذي يرىٰ أن ضمان المبيع ينتقل إلىٰ المشتري بمجرد العقد، ولو لم يقبضه من البائع.

مادة (429): في بيع العروض وغيرها من المنقولات، إذا اتفق علىٰ ميعاد لأداء الثمن وتسلم المبيع، يكون البيع مفسوخًا دون حاجة إلىٰ إعذار أن لم يؤدِّ المشتري الثمن عند حلول الميعاد، إذا اختار البائع ذلك، وهذا ما لم يوجد اتفاق علىٰ غيره.

هذه المادة تطابق المادة (461) من التقنين الحالي، مع استبدال عبارة: «لأداء الثمن» بعبارة: «لدفع الثمن»، واستبدال عبارة: «إن لم يؤدِّ المشتري الثمن» بعبارة: «إن لم يدفع الثمن».

وتقابل المادة (509) من التقنين الكويتي التي تنص علىٰ أنه: «في بيع المنقولات إذا اتفق علىٰ ميعاد لأداء الثمن كله أو أكثره لتسلم المبيع - كان للبائع الحق في اعتبار البيع مفسوخًا دون حاجة إلىٰ إعذار، إذا لم يؤدِّ المشتري المستحق من الثمن عند حلول الميعاد، وذلك ما لم يوجد اتفاق علىٰ خلاف ذلك، أو كان الباقي من الثمن المستحق يسيرًا».

وتقابل المادة 529 من التقنين الأردني التي تنص علىٰ أنه: «إذا حدد في البيع موعد لأداء الثمن، واشترط فيه أنه إذا لم يؤدِّ المشتري الثمن خلاله فلا بيع بينهما - فإن لم يؤده والمبيع لم يزل في يد البائع، اعتبر البيع منفسخًا حكمًا».

وحكم المادة المقترحة يتفق مع الفقه الإسلامي. فقد نصت المادة (313) من المجلة علىٰ أنه: «إذا تبايعا علىٰ أن يؤدي المشتري الثمن في وقت كذا، وإن لم يؤده فلا بيع بينهما - صح البيع، وهذا يقال له: خيار النقد».

ونصت المادة (314) علىٰ أنه: «إذا لم يؤدِّ المشتري الثمن في المدة المعينة، كان البيع الذي فيه خيار النقد فاسدًا».

مادة (430): إذا لم يعين الاتفاق أو العرف زمانًا أو مكانًا لتسليم المبيع - وجب علىٰ المشتري أن يتسلمه في الوقت الذي يتم فيه العقد، وفي المكان الذي يوجد فيه وقت البيع، وأن ينقله دون إبطاء إلا ما يقتضيه النقل من زمن.

هذه المادة تقابل المادة (463) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ أنه: «إذا لم يعين

الاتفاق أو العرف زمانًا أو مكانًا لتسليم المبيع - وجب علىٰ المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه وقت البيع، وأن ينقله دون إبطاء إلا ما يقتضيه النقل من زمن».

وقد أضيف إلىٰ نص التقنين الحالي عبارة: «في الوقت الذي يتم فيه العقد»؛ استكمالًا للحكم.

والمادة المقترحة تقابل المادة (586/ 2) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (506) من التقنين الكويتي.

والمادة المقترحة يتفق حكمها مع الفقه الإسلامي، فقد نصت المادة (285) من المجلة علىٰ أن: «مطلق العقد يقتضي تسليم المبيع في المحل الذي هو موجود فيه حينئذٍ». ونصت المادة (287) علىٰ أنه: «إذا بيع مال علىٰ أن يسلم في محل كذا، لزم تسليمه في المحل المذكور». ونصت المادة (283) علىٰ أنه: « في بيع النسيئة ليس للبائع حق حبس المبيع، بل عليه أن يسلم المبيع للمشتري علىٰ أن يقبض الثمن وقت حلول الأجل»، حيث يؤخذ من هذا النص أن تسليم المبيع في البيع المطلق يكون عند تمام العقد.

> **مادة (431):** تكون علىٰ المشتري نفقات عقد البيع، ورسوم الدمغة، والتسجيل، ونفقات الوفاء بالثمن، ونفقات تسليم المبيع، ونحو ذلك من مصروفات، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك.

هذه المادة تقابل المادتين (462 و464) من التقنين الحالي.

فالمادة (462) من هذا التقنين تنص علىٰ أن: «نفقات عقد البيع، ورسوم الدمغة، والتسجيل، وغير ذلك من مصروفات - تكون علىٰ المشتري، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك».

والمادة (464) تنص علىٰ أن: «نفقات تسلم المبيع علىٰ المشتري، ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك».

وقد رئي إدماج هاتين المادتين في مادة واحدة علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة، وإضافة نفقات الوفاء بالثمن، ما دام أن جميع النفقات المذكورة يتحملها المشتري.

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة (507) من التقنين الكويتي التي تنص علىٰ

أن: «يتحمل المشتري نفقات عقد البيع، ورسوم التسجيل، ونفقات الوفاء بالثمن، ونفقات تسلم المبيع، وغير ذلك من مصروفات، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك».

وتتفق في حكمها مع المادتين (583) و(587) من التقنين العراقي.

فالمادة (583) من هذا التقنين تنص علىٰ أن: «نفقات عقد البيع ورسوم التسجيل وغيرها من الرسوم، وأجرة كتابة السندات والصكوك وغير ذلك من المصروفات التي يقتضيها البيع - تكون علىٰ المشتري، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك».

والمادة (587) تنص علىٰ أن: «نفقات تسلم المبيع علىٰ المشتري، ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك».

وتتفق في حكمها مع ما جاء في المادة (531) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ أن: «نفقات تسليم الثمن وعقد البيع وتسجيله وغير ذلك من نفقات - تكون علىٰ المشتري، ونفقات تسليم المبيع تكون علىٰ البائع، ما لم يوجد اتفاق أو نص في قانون خاص يقضي بغير ذلك».

انظر: المذكرة الإيضاحية للنصوص المقابلة لنصوص التقنين الحالي في المشروع التمهيدي م(614 و616) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص158 و162 و163).

وتتفق أحكام المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الإسلامي في هذا الصدد: انظر في هذا: ابن عابدين (ج4/ ص43)، والمواد (288 و289 و292) من المجلة، والمواد (466 و467 و468) من مرشد الحيران، والمادة (31) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة ومذكرتها الإيضاحية.



الفرع الثاني
بعض أنواع البيوع

نظرة عامة:

عرض التقنين الحالي لبعض أنواع البيوع. وهي بيع الوفاء، وبيع ملك الغير، وبيع

الحقوق المتنازع فيها، وبيع التركة، والبيع في مرض الموت، وبيع النائب لنفسه.

وقد اعتمد المشروع حكم التقنين الحالي في بيع الوفاء، حيث اعتبره باطلًا، فلم يعتبره رهنًا حيازيًّا كما يقول الفقه الإسلامي، والتقنين العراقي والتقنين الكويتي. وذلك نظرًا إلىٰ أن هذا الرهن يضمن غالبًا قرضًا بربًا فاحش، وهو ما تصعب إقامة الدليل عليه.

ونظم بيع ملك الغير باعتباره بيعًا موقوفًا علىٰ إجازة المالك، وهذا الحكم يفضل إلىٰ حد كبير حكم بيع ملك الغير في التقنين الحالي، حيث يكون البيع موقوفًا في حق كل من البائع والمشتري والمالك، فحكمه واحد بالنسبة إلىٰ هؤلاء جميعًا، ولا تأتي إجازته إلا من جانب المالك.

وحرم بيع الحقوق المتنازع فيها (م (441) من المشروع)؛ لأن شراء ما فيه خصومة غير جائز شرعًا. وبذلك ألغىٰ المادتين (469 و470) من التقنين الحالي. كما وسع من نطاق الحظر المنصوص عليه في المادة (471) من التقنين الحالي، بالنسبة إلىٰ القضاة وأعضاء النيابة والمحامين وكتبة المحاكم والمحضرين، فجعله شاملًا لكل ضروب التعامل (م(443) من المشروع)، واستبقىٰ الحظر المنصوص عليه في المادة (471) من التقنين الحالي بالنسبة إلىٰ المحامين في تعاملهم مع موكليهم (م(444) من المشروع).

ونظم بيع التركة علىٰ نحو ينتفي فيه الغرر الفاحش، حيث أوجب تعيين مشتملات التركة تعيينًا نافيًا للجهالة والغرر (م(445) من المشروع)، وذلك علىٰ خلاف ما يقضي به التقنين الحالي، الذي أجاز بيع التركة دون تفصيل لمشتملاتها (م(473) من التقنين الحالي).

واستبقىٰ أحكام بيع المريض مرض الموت التي نص عليها التقنين الحالي، فهي مأخوذة من الفقه الإسلامي، ولكنه استكمل هذه الأحكام بالنسبة إلىٰ الدائنين (م (450) من المشروع)، فسدَّ بذلك نقصًا في التقنين الحالي.

واستبقىٰ أيضًا أحكام بيع النائب لنفسه التي نص عليها التقنين الحالي، مع اعتباره العقد موقوفًا علىٰ إجازة من يتم البيع لحسابه (م(454) من المشروع)؛ لأن هذا أدق من الناحية الفنية.

واستحدث بيع السلم (م432 - 437 من المشروع الإسلامي). بهذا نوع من البيع

يشغل موضعًا هامًّا في الفقه الإسلامي، ويستجيب لحاجة التعامل علىٰ نطاق واسع في الوقت الحاضر، سواء مع المصارف أو الشركات أو الأفراد وقد استمد المشروع تنظيمه من الفقه الإسلامي في مجموع مذاهبه، وبذلك أمكنه أن يتحرر من بعض الشروط والقيود التي أحاطه بها المذهب الحنفي.

بيع السلم:

مادة (432): السلم بيع شيء غير موجود بثمن مقبوض في الحال، علىٰ أن يوجد الشيء ويسلم للمشتري في أجل معلوم.

هذه المادة مستحدثة، كما هو الشأن في جميع النصوص الخاصة بالسلم.

والسلم في الفقه الإسلامي استثناء من مبدأ عدم جواز بيع المعدوم للحاجة إليه، وجريان التعامل فيه.

غير أنه يلاحظ أن النهي عن بيع المعدوم في هذا الفقه إنما هو للغرر لا للعدم، وأن المشروع في المادة (119/ 2) منه قد اشترط في التعامل في الشيء المستقبل أن يعين تعيينًا نافيًا للجهالة والغرر، فتكون علة بطلان بيع المعدوم قد زالت ما دام أن هذا التعامل لا يجوز أن يكون احتماليًّا جزافًا، بحيث لا يدفع المشتري من الثمن إلا بمقدار ما يأخذ من المبيع.

وفي ضوء هذا كان من الممكن عدم إفراد السلم بالذكر، بعد أن أصبح بيع الشيء المستقبل جائزًا بوجه عام بشرط تعيينه علىٰ النحو المذكور، لا بيع السلم فحسب.

ومع ذلك رئي النص علىٰ السلم باعتباره نوعًا من البيع يشغل موضعًا هامًّا في الفقه الإسلامي، ويستجيب لحاجة التعامل علىٰ نطاق واسع في الوقت الحاضر، سواء مع المصارف أو الشركات أو الأفراد، ويسمىٰ المشتري: «المسلم»، أو: «رب السلم». والبائع: «المسلم إليه». والمبيع: «المسلم فيه». والثمن: «رأس المال».

وقد أحاط المذهب الحنفي السلم بشروط وقيود، جعلت منه استثناءً مقيدًا في حدود ضيقة، نخص بالذكر منها ما يشترطه هذا المذهب من وجوب أن يكون نوع المبيع موجودًا من وقت العقد إلىٰ وقت حلول الأجل، فلا يجوز أن ينقطع فيما بين

هذين الوقتين، وما يراه من أن الأجل يسقط بموت البائع. أما المذاهب الأخرىٰ غير المذهب الحنفي فترىٰ غير ذلك، فلا يشترط عند مالك والشافعي عدم انقطاع المسلم فيه من وقت العقد إلىٰ وقت حلول الأجل، بل يصح السلم إذا غلب علىٰ الظن وجوده وقت الوفاء، وقد أخذ المشروع في هذا برأي الإمامين مالك والشافعي، كما أن المشروع لا يقضي بسقوط الأجل بموت البائع.

والنص المقترح مأخوذ من الفقه الإسلامي في مجموع مذاهبه، فقد نصت المادة (142) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أحمد بن حنبل علىٰ أن: «السلم هو أن يسلم عينًا حاضرة (رأس مال السلم) في عوض موصوف في الذمة (المسلم فيه) إلىٰ أجل»، كما نصت المادة (109) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك علىٰ أن: «السلم بيع شيء موصوف في الذمة، مؤجل لأجل معلوم، تختلف به الأسواق، ويوجد فيه جنس المبيع غالبًا».

وهو يتفق في الحكم مع المادة (532) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ أن: «السلم بيع مال مؤجل التسليم بثمن معجل».

مادة (433): يشترط في المسلم فيه أن يكون معلوم الجنس والنوع والصفة والقدر، وأن يكون مما يمكن ضبط صفته بالوصف.

هذه المادة مستحدثة كما سبق القول.

وهي مأخوذة من الفقه الإسلامي في مختلف مذاهبه، فقد نصت المادة (144) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أحمد علىٰ أنه: «يشترط أن يكون المسلم فيه مما يمكن ضبط صفاته بالوصف». انظر في بقية المشروط: المواد من (145) إلىٰ (150) من هذا المشروع.

ونصت المادة (208) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة علىٰ أنه: «يشترط في المسلم فيه بيان جنسه ونوعه وصفته ومقداره وأجله ومكان إيفائه إن كان له محل ومؤنة وكونه مثمنًا»، ونصت المادة (207) علىٰ أنه: «يصح السلم فيما أمكن ضبط صفته ومعرفة قدره».

ونصت المادة (153) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام الشافعي علىٰ أنه: «يشترط في السلم تسليم رأس المال في المجلس»، انظر: المواد من (155) إلىٰ (161) من هذا المشروع.

والمادة المقترحة تتفق في الحكم مع المادة (533) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ ما يأتي:

«**يشترط لصحة بيع السلم:**

1- أن يكون المبيع من الأموال التي يمكن تعيينها بالوصف والمقدار، ويتوافر وجودها عادة وقت التسليم.

2- أن يتضمن العقد بيان جنس المبيع ونوعه وصفته ومقداره وزمان إيفائه.

3- إذا لم يعين في العقد مكان التسليم، لزم البائع تسليم المبيع في مكان العقد».

مادة (434): يشترط كذلك في المسلم فيه أن يكون ممكن الوجود عند حلول الأجل.

هذه المادة مستحدثة كما سبق القول.

وهي مأخوذة من الفقه الإسلامي في مذاهبه المختلفة.

انظر: النصوص المشار إليها تحت المادتين السابقتين.

وانظر أيضًا: المادة (533) من التقنين الأردني التي تقدم ذكرها.

مادة (435): يجب أن يكون رأس المال معلومًا للمتعاقدين، وأن يتم الوفاء به عند التعاقد.

هذه المادة مستحدثة كما سبق القول.

وهي مأخوذة من الفقه الإسلامي في مذاهبه المختلفة، فقد نصت المادة (541/ 6) من مرشد الحيران علىٰ اشتراط «بيان قدر رأس المال».

ونصت المادة (149) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أحمد بن حنبل علىٰ ما يأتي: «الشرط السادس: أن يقبض المسلم إليه رأس مال السلم في مجلس

العقد».

ونصت المادة (210) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة علىٰ أنه: «يشترط في رأس المال أن يكون معلومًا ومقبوضًا قبل التفرق».

والمادة المقترحة تقابل المادة (534) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ أنه: «يشترط في رأس مال السلم أن يكون معلومًا قدرًا ونوعًا، وأن يكون غير مؤجل بالشرط مدة تزيد عن بضعة أيام».

مادة (436): إذا حل أجل الوفاء بالمسلم فيه، وجب تسليمه في المكان المتفق عليه، فإذا لم يكن هناك اتفاق، وجب تسليمه في المكان الذي تم فيه العقد.

هذه المادة مستحدثة كما سبق القول.

وهي مأخوذة من الفقه الإسلامي في مذاهبه المختلفة.

فقد نصت المادة (116) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك علىٰ أنه: «إذا أجل المسلم فيه، وجب علىٰ البائع أن يسلمه للمشتري في المكان الذي شرطا التسليم فيه، أو في محل عقد السلم إذا لم يشترطا مكانًا معينًا، ولا يلزم البائع بتسليمه ولا المشتري بتسلمه منه في غيرهما، إلا أن يرضيا بذلك».

وانظر كذلك: م (544) من مرشد الحيران، و م (157) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام الشافعي.

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة (533/ 3) من التقنين الأردني التي تقدم ذكرها.

مادة (437): إذا تعذر تسليم المسلم فيه لانقطاع جنسه عند حلول الأجل - جاز للمسلم فسخ العقد واسترداد رأس المال.

هذه المادة مستحدثة كما سبق القول.

وهي مأخوذة من الفقه الإسلامي في مذاهبه المختلفة.

فقد نصت المادة (209) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام

أبي حنيفة علىٰ أنه: «إذا انقطع المسلم فيه بعد حلول الأجل - فَلِرَبِّ السلم الخيار بين فسخ السلم، أو انتظار وجوده».

ونصت المادة (114) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك علىٰ أنه: «إذا كان للمسلم فيه وقت معين، يظهر فيه، وانقطع وجوده فيه عند حلول أجله قبل أن يقبضه المشتري - لزمه الانتظار إلىٰ ظهوره ثانيًا إن كان تأخير القبض بسبب منه، فإن لم يكن بسبب منه خُيِّر بين فسخ عقد السلم، أو الانتظار إلىٰ ظهوره».

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة (536) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ أنه: «إذا تعذر تسليم المبيع عند حلول الأجل بسبب انقطاع وجوده لعارض طارئ - كان المشتري مخيرًا بين انتظار وجوده أوفسخ البيع».

بيع الوفاء:

مادة (438): إذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع، وقع البيع باطلًا.

هذه المادة تتفق في حكمها مع المادة (465) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ أنه: «إذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة - وقع البيع باطلًا».

وقد حذف من نص التقنين الحالي عبارة: «خلال مدة معينة» للإيضاح، وذلك علىٰ اعتبار أن الحكم مطلق، يستوي فيه أن تحدد مدة لاسترداد المبيع أو لا تحدد مدة.

والمادة المقترحة تقابل المادة (1333) من التقنين العراقي التي تنص علىٰ أن: «بيع الوفاء يعتبر رهنًا حيازيًّا».

وتقابل المادة (508) من التقنين الكويتي التي تنص علىٰ أنه: «إذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع في مقابل رد الثمن والمصروفات - اعتبر العقد قرضًا برهن حيازي».

والحكم الذي ينص عليه التقنين العراقي والتقنين الكويتي، من اعتبار بيع الوفاء رهنًا حيازيًّا - هو ما يقول به الفقه الإسلامي (م 41) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة ومذكرتها الإيضاحية، وم (118 و397 - 399) من المجلة، وم (549 - 552) من مرشد الحيران. ابن عابدين ص (257 و858 و281).

ولكن رئي الأخذ بالحكم الذي ينص عليه التقنين الحالي، وهو أن يكون بيع الوفاء باطلًا، سواء باعتباره بيعًا أو باعتباره رهنًا، ذلك أن بيع الوفاء كثيرًا ما يتخذه المتعاقدان ستارًا لإخفاء رهن حيازي يضمن قرضًا بربًا فاحش، وقد يلجأ المتعاقدان إلىٰ بيع الوفاء للتخلص من بطلان شرط امتلاك المرتهن للشيء المرهون، إذا لم يَفِ الراهن بالدين، وقد يقصد المتعاقدان التخلص من قانون الخمس أفدنة، فيسميان رهن الحيازة بيع وفاء. ولذلك اضطر الشارع المصري قبل صدور التقنين الحالي إلىٰ أن يصدر القانون رقم (49/ 50) سنة 1923، الذي يقضي بأن العقد الموصوف بأنه بيع وفاء إذا كان واقعًا علىٰ عقار، وتبين أنه رهن، يكون باطلًا سواء باعتباره بيع وفاء أو باعتباره رهنًا، ولا يكفي لسد الطريق أمام ضروب الاحتيال أن يجري علىٰ بيع الوفاء أحكام الرهن الحيازي، إذا كان الرهن يضمن في الواقع قرضًا بربًا فاحش، وهو ما يغلب وقوعه وتصعب إقامة الدليل عليه، وإنما يكون الأجدىٰ بطلان العقد، سواء باعتباره بيعًا أو باعتباره رهنًا.

وقد نصت المادة (49) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أحمد بن حنبل علىٰ أنه: «إذا علق أحد المتعاقدين الفسخ علىٰ رد البائع الثمن في وقت محدد، وكان ذلك حيلة للربح في القرض - بطل العقد والشرط» (انظر: كشاف القناع ص 42)، المنتهىٰ ص (27) الشرح البكير ص (59)، وجاء في تقرير لجنة مجلس الشيوخ عند النظر في هذه المسألة، حين وضع النص ما يأتي: «تناولت اللجنة بيع الوفاء، وقد رأت بالإجماع أن هذا النوع من البيع لم يعد يستجيب لحاجة حيوية في التعامل، إنما هو وسيلة ملتوية من وسائل الضمان تبدأ ستارًا لرهن، وينتهي الرهن إلىٰ تجريد البائع من ملكه بثمن بخْس، والواقع أن من يعمد إلىٰ بيع الوفاء لا يحصل علىٰ ثمن يتناسب مع قيمة المبيع، بل يحصل عادة علىٰ ما يحتاج إليه من مال ولو كان أقل بكثير من هذه القيمة، ويعتمد غالبًا علىٰ احتمال وفائه بما قبض قبل انقضاء أجل الاسترداد، ولكنه قبل أن يحسن التقدير، فإذا أخلف المستقبل ظنه وعجز عن تدبير الثمن خلال هذا الأجل - ضاع عليه المبيع دون أن يحصل علىٰ ما يتعادل مع قيمته، وتحمل غبنًا ينبغي أن يدرأه القانون عنه، ولذلك رئي أن تحذف النصوص الخاصة ببيع الوفاء، وأن يستعاض عنها بنص عام يحرم هذا

البيع في أية صورة من الصور، وبهذا لا يكون أمام الدائن والمدين إلا الالتجاء إلىٰ الرهن الحيازي، وغيره من وسائل الضمان التي نظمها القانون، وأحاطها بما يكفل حقوق كل منهما، دون أن يتسع المجال لغبن قلما يؤمن جانبه».

(**انظر**: مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص178 و179).

مادة (439): بيع ملك الغير: من باع ملك غيره بدون إذنه، كان بيعه موقوفًا علىٰ إجازة المالك.

هذه المادة تقابل المادة (466) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1 - إذا باع شخص شيئًا معينًا بالذات وهو لا يملكه، جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع، ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع علىٰ عقار، سُجِّل العقد أو لم يسجل.

2- وفي كل حال لا يسري هذا البيع في حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز المشتري العقد».

والحكم الوارد في المادة المقترحة تطبيق للقاعدة التي أخذ بها المشروع فيما يتعلق بالعقد الموقوف، فقد نصت المادة (127) من المشروع علىٰ أن: «يكون العقد موقوف النفاذ علىٰ الإجازة إذا كان تصرفًا في ملك الغير بدون إذنه»، ونصت المادة (120/ 3) من المشروع علىٰ أنه «إذا كان العقد موقوفًا لكونه تصرفًا في ملك الغير بدون إذنه - كانت إجازته للمالك».

حيث اعتمد المشروع فكرة العقد الموقوف التي يأخذ بها الفقه الإسلامي، بدلًا من فكرة العقد القابل للإبطال التي يأخذ بها التقنين الحالي وغيره من التقنينات العربية، فيما عدا التقنين العراقي والتقنين الأردني.

ويختلف العقد الموقوف عن العقد القابل للإبطال، في أن هذا الأخير ينشأ صحيحًا منتجًا لآثاره إلىٰ أن يطلب إبطاله فيبطل، أو تلحقه الإجازة فيظل صحيحًا بصورة نهائية، بينما ينشأ العقد الموقوف صحيحًا ولكنه لا ينتج آثاره، فتظل هذه الآثار موقوفة إلىٰ أن ينقض العقد فيبطل، أو تلحقه الإجازة فينفذ.

ومن ثم فإن فكرة العقد الموقوف تفضل فكرة العقد القابل للإبطال، في أن العقد

الذي يشوبه انعدام الولاية علىٰ المحل يحسن أن يقف حتىٰ تلحقه الإجازة، فهذا أَوْلىٰ من أن ينفذ حتىٰ يطلب إبطاله، وذلك لملافاة التعقيدات التي تنشأ بعد نفاذه.

وبناءً علىٰ ذلك جعل المشروع بيع ملك الغير بدون إذنه موقوفًا علىٰ إجازة المالك، وهذا الحكم يفضل إلىٰ حد كبير حكم بيع ملك الغير في التقنين الحالي وغيره من التقنينات العربية، فيما عدا التقنين العراقي والتقنين الأردني، فبيع ملك الغير في التقنين الحالي وغيره من التقنينات التي أخذت بالتصوير اللاتيني - حكمه مضطرب، ولا يتفق مع القواعد العامة، فهو نافذ في حق البائع، وقابل للإبطال بالنسبة إلىٰ المشتري بمقتضىٰ نص خاص، وغير نافذ في حق المالك، وللمالك أن يقره فيصبح بهذا الإقرار نافذًا في حقه، وصحيحًا في حق المشتري.

بينما في ضوء فكرة العقد الموقوف يكون حكم البيع واحدًا بالنسبة إلىٰ كل من البائع والمشتري والمالك، فهو موقوف في حقهم جميعًا، ولا تأتي إجازته إلا من جانب المالك، فإذا صدرت هذه الإجازة أصبح العقد نافذًا في حق الجميع (عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (ج4/ ص305 - 307)، انظر: المذكرة الإيضاحية للمادتين (127، 128) من المشروع).

العراقي التي تنص علىٰ ما يأتي: «فإذا أجاز المالك تعتبر الإجازة توكيلًا.

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة (135/ 1) من التقنين العراقي التي تنص علىٰ أن: «من تصرف في ملك غيره بدون إذنه، انعقد تصرفه موقوفًا علىٰ إجازة المالك».

وتقابل المادة (550) من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي:

«1 - إذا باع شخص ملك غيره بغير إذنه، جاز للمشتري أن يطلب فسخ البيع.

2- ولا يسري البيع في حق مالك العين المبيعة ولو أجازه المشتري».

وتقابل المادة (509) من التقنين الكويتي التي تنص علىٰ أنه: «إذا باع شخص مالًا للغير، فإن الملكية لا تنتقل إلىٰ المشتري إلا إذا آلت إلىٰ البائع، أو أقرَّ المالك البيع».

انظر في الفقه الإسلامي: المواد (111 و112 و368 و377) من المجلة، والمادتين (355 و396) من مرشد الحيران، والمادتين (149 و150) من مشروع تقنين الشريعة

الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أحمد بن حنبل ومذكرتها الإيضاحية.

مادة (440):

1 - إذا أجاز المالك البيع اعتبرت الإجازة توكيلًا، فيصير البيع نافذًا.

2 - وكذلك يصير البيع نافذًا إذا آلت ملكية المبيع إلىٰ البائع بعد صدور العقد.

هذه المادة تقابل المادة (467) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1 - إذا أقر المالك البيع، سرىٰ العقد في حقه، وانقلب صحيحًا في حق المشتري.

2 - وكذلك ينقلب العقد صحيحًا في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلىٰ البائع بعد صدور العقد».

وتختلف المادة المقترحة عن هذه المادة في الصياغة؛ مراعاة للأخذ بفكرة العقد الموقوف.

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة (135/ 2) من التقنين العراقي التي تنص علىٰ ما يأتي: «فإذا أجاز المالك، تعتبر الإجازة توكيلًا، ويطالب الفضولي بالبدل إن كان قد قبضه من العاقد الآخر».

وتقابل المادة (551) من التقنين الأردني التي تطابق المادة (267) من التقنين المصري الحالي.

وتقابل المادة (509) من التقنين الكويتي التي تقدم ذكرها تحت المادة السابقة.

انظر في الفقه الإسلامي: المادتين (377، 378) من المجلة، والمادة (397) من مرشد الحيران، والمادة (152) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة ومذكرتها الإيضاحية.

وقد جاء في الشرح الكبير للدردير (ج3/ ص 12): «ووقف ملك غيره، أي: بيع ملك غير البائع، علىٰ رضاه، أي: رضىٰ مالكه، إذا لم يعلم المشتري بأن البائع فضولي، بل وإن علم المشتري بذلك، وهو لازم من جهته منحل من جهة المالك، وللغاصب إذا باع المغصوب قبل ملكه من ربه (فليس له) نقض ما باعه إن اشتراه من المغصوب منه بعد أن باعه أو ملكه بهبة أو صدقة».

وعلىٰ هذا يتخرج حكم الفقرة الثانية من المادة المقترحة.

مادة (441): إذا لم يجزِ المالك البيع بطل العقد، وفي هذه الحالة يجوز للمشتري إذا كان يجهل أن البيع غير مملوك للبائع - أن يطالب بتعويض إذا كان البائع سيئ النية.

هذه المادة تقابل المادة (468) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ أنه: «إذا حكم للمشتري بإبطال البيع، وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع - فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية».

وقد أدخل على هذه المادة التعديلان الآتيان:

«1 - تقرير أن البيع يبطل إذا لم يُجِزْه المالك. فإبطال البيع يأتي نتيجة لعدم إجازته من جانب المالك، وليس بناءً علىٰ طلب المشتري، ويستطيع المشتري - بمقتضىٰ القاعدة المقررة بالنسبة إلىٰ العقد الموقوف في المادة (129) من المشروع - أن يطلب من المالك إعلان موقفه بإجازة البيع أو رفضها خلال مهلة يعطيها له لا تَقِلُّ عن ثلاثة أشهر، فإذا أجاز البيع خلال هذه المهلة نفذ العقد، وإذا رفض الإجازة بطل العقد، وإذا لم يعلن موقفه بالإجازة أو الرفض اعتبر سكوته إجازة.

وللمشتري - وفقًا للقواعد العامة - أن يطلب إبطال البيع بسبب الغلط، أو يطلب فسخه بسبب عدم قيام البائع بالتزامه، أو يرجع علىٰ البائع بضمان الاستحقاق إذا تعرض له المالك الحقيقي.

2- إعطاء المشتري حق المطالبة بتعويض - إذا كان حسن النية - بأن كل يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع، وكان البائع في الوقت ذاته سيئ النية بأن كان يعلم أن المبيع غير مملوك له، وذلك علىٰ خلاف ما يقضي به نص التقنين الحالي الذي لايشترط لطلب التعويض سوىٰ حسن نية المشتري، فإذا توفر هذا الشرط التزم البائع بالتعويض ولو كان حسن النية».

والمادة المقترحة تقابل المادة (135/ 3) من التقنين العراقي التي تنص علىٰ ما يأتي: «وإذا لم يُجِزِ المالك تصرف الفضولي، بطل التصرف، وإذا كان العاقد الآخر قد أدَّىٰ للفضولي البدل - فله الرجوع عليه به، فإن هلك البدل في يد الفضولي بدون تعدٍّ

منه، وكان العاقد الآخر قد أدَّاه عالمًا أنه فضولي، فلا رجوع له بشيء منه».

انظر في الفقه الإسلامي: المادة (398) من مرشد الحيران.

فقد فرقت بين ما إذا كان المشتري يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع، وما إذا كان يعلم ذلك، فأجازت له في الحالة الأولىٰ أن يرجع علىٰ البائع بالثمن إن كان قائمًا، وبمثله إن كان هالكًا، وأما في الحالة الثانية فلا رجوع له إذا هلك الثمن. وتخريجًا علىٰ هذا وإعمالًا للقاعدة العامة في الضمان تقرر للمشتري الحق في المطالبة بتعويض ما أصابه من ضرر إذا كان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع، وكان البائع سيئ النية.

بيع الحقوق المتنازع فيها:

مادة (442):

1- يقع باطلًا بيع الحقوق المتنازع فيها.

2- ويعتبر الحق متنازعًا فيه إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوىٰ، أو قام في شأنه نزاع جدي.

هذه المادة تقابل المادتين (469) و(470) من التقنين الحالي.

فالمادة (469) من هذا التقنين تنص على ما يأتي:

«1 - إذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه بمقابل إلىٰ شخص آخر - فللمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة، إذا هو رد إلىٰ المتنازل له الثمن الحقيقي الذي دفعه مع المصروفات، وفوائد الثمن من وقت الدفع.

2- ويعتبر الحق متنازعًا فيه إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوىٰ، أو قام في شأنه نزاع جدي».

والمادة (470) من هذا التقنين تنص على ما يأتي:

«**لا تسري أحكام المادة السابقة على ما يأتي:**

(أ) إذا كان الحق المتنازع فيه داخلًا ضمن مجموعة أموال بيعت جزافًا بثمن واحد.

(ب) إذا كان الحق المتنازع فيه شائعًا بين ورثة أو ملَّاك وباع أحدهم نصيبه من

الآخر.

(ج) إذا نزل المدين للدائن عن حق متنازع فيه؛ وفاءً للدين المستحق في ذمته.

(د) إذا كان الحق المتنازع فيه يمثل عقارًا وبيع الحق لحائز العقار».

وقد رئي إلغاء هاتين المادتين، والنص في المادة المقترحة علىٰ بطلان بيع الحقوق المتنازع فيها؛ لأن شراء ما فيه خصومة غير جائز شرعًا، فقد جاء في شرح التاودي للتحفة: «وإنما يجوز بيع الدين لغير من هو عليه، مع حضور المدين وإقراره وإن كان عليه بينة؛ لأنه قد يطعن فيها أو يدعي القضاء، فيكون من شراء ما فيه خصومة وهو ممنوع علىٰ المشهور...». التاودي علىٰ التحفة (ج2/ ص47).

ذلك أن المشتري الذي يقدم علىٰ شراء حق متنازع فيه إنما يخاطر بما يبذله فيه من الثمن، حيث لا يضمن البائع له وجود هذا الحق، وإنما هو يبيع مجرد ادعاء، الأمر الذي يجعل الصفقة منطوية علىٰ غرر جسيم، هذا إلىٰ أن الاسترداد في هذه الحالة بمثابة نزع للملك بدون سند شرعي.

والمادة المقترحة تقابل المادتين (593 و594) من التقنين العراقي اللتين تتفقان مع المادتين (469 و470) من التقنين المصري الحالي.

وتقابل المادتين (510 و512) من التقنين الكويتي اللتين تتفقان مع المادتين (469 و470) من التقنين المصري الحالي.

مادة (443): لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للمحضرين - أن يتعاملوا، لا بأسمائهم ولا بأسماء مستعارة، في الحقوق المتنازع فيها، إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها، وإلا كان العقد باطلًا.

هذه المادة تقابل المادة (471) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للمحضرين - أن يشتروا، لا بأسمائهم ولا باسم مستعار، الحق المتنازع فيه كله أو بعضه، إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها، وإلا كان العقد

باطلًا».

وقد عدل هذا النص علىٰ نحو يجعله أوسع نطاقًا مما هو وارد فيه، فبمقتضىٰ المادة المقترحة لا يقتصر التحريم علىٰ شراء الحق المتنازع فيه، بل يشمل كل ضروب التعامل في هذا الحق، فلا يجوز لأي من المذكورين في هذه المادة أن يشتري الحق، ولا أن يقايض عليه، ولا أن يوهب له، ولا أن يشارك فيه، ولا أن يقترضه.

والخطر هنا يقوم علىٰ اعتبارات تتصل بالنظام العام، لأنه يعتبر شرعًا من قبيل سد الذرائع، حتىٰ لا يكون التعامل ذريعة لمفسدة الرشوة، هذا إلىٰ ما هنالك من شبهة استغلال النفوذ.

والمادة المقترحة تقابل المادة (596) من التقنين العراقي التي تطابق المادة (471) من التقنين المصري الحالي.

وتقابل المادة (513) من التقنين الكويتي.

انظر: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م (637) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص203 - 205).

مادة (444): لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكليهم في الحقوق المتنازع فيها، إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها، سواء أكان التعامل بأسمائهم أم بأسماء مستعارة، وإلا كان العقد باطلًا.

هذه المادة تطابق المادة (472) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (596) من التقنين العراقي.

انظر: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين المصري الحالي م(638) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص203 - 205).

وانظر: المذكرة الإيضاحية للمادة السابقة.

بيع التركة:

مادة (445): يجب في بيع التركة أن تعين مشتملاتها تعيينًا نافيًا للجهالة والغرر،

بحيث يتضمن هذا التعيين بيانًا وافيًا لما فيها من عقارات ومنقولات وما لها من حقوق وما عليها من ديون.

هذه المادة تقابل المادة (473) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ أن: «من باع تركة، دون أن تفصل مشتملاتها، لا يضمن إلا ثبوت وراثته، ما لم يتفق علىٰ غير ذلك».

وقد رئي أن يكون الحكم في المادة المقترحة علىٰ خلاف ما يقضي به نص التقنين الحالي، إذ إن بيع التركة دون تفصيل لمشتملاتها، ينطوي علىٰ غرر فاحش يخرجه عن الأصول الشرعية المقررة.

فعناصر التركة يجب أن تكون معلومة للمشتري علىٰ النحو المذكور في المادة المقترحة؛ حتىٰ لا يفاجأ أي من الطرفين بما لم يكن في حسبانه.

والمادة المقترحة تقابل المادة (541) من التقنين الأردني التي تتفق في حكمها مع نص التقنين الحالي.

وتقابل المادة (516) من التقنين الكويتي التي تتفق في حكمها مع نص التقنين الحالي.

مادة (446): إذا بيعت تركة، فلا يسري البيع في حق الغير، إلا إذا استوفىٰ المشتري الإجراءات الواجبة لنقل كل حق اشتملت عليه التركة، فإذا نص القانون علىٰ إجراءات لنقل الحق فيما بين المتعاقدين - وجب كذلك أن تستوفىٰ هذه الإجراءات.

هذه المادة تطابق المادة (474) من التقنين الحالي.

وتقابل المادة (542) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ أن: «علىٰ المشتري اتباع الإجراءات التي يوجبها القانون؛ لنقل كل حق اشتملت عليه الحصة الإرثية محل التخارج».

(**انظر:** المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م (640) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 4/ ص209، 210).

والسند الشرعي للمادة المقترحة أنها تتضمن تنظيمًا لنقل الحقوق، والاحتجاج بها علىٰ الغير تقتضيه مصلحة حفظ الحقوق ورفع النزاع.

مادة (447): إذا استوفىٰ البائع بعض ما للتركة من الحقوق، أو باع شيئًا مما اشتملت عليه أو تبرع أو استهلكه - وجب أن يرد للمشتري ما استولىٰ عليه، وقيمة ما تبرع به أو استهلكه، ما لم يكن عند البيع قد اشترط صراحة عدم الرد.

هذه المادة تقابل المادة (475) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ أنه: «إذا كان البائع قد استوفىٰ بعض ما للتركة من الديون، أو باع شيئًا مما اشتملت عليه - وجب أن يرد للمشتري ما استولىٰ عليه، ما لم يكن عند البيع قد اشترط صراحة عدم الرد».

وقد أدخل على هذه المادة التعديلات الآتية:

1- **استبدلت عبارة**: «إذا استوفىٰ البائع» بعبارة: «إذا كان البائع قد استوفىٰ».

2- **استبدلت كلمة**: «الحقوق» بكلمة: «الديون».

3- أضيف إلىٰ النص حالتان أخريان يشملهما الحكم، وهما: حالة التبرع بشيء اشتملت عليه التركة، وحالة استهلاك هذا الشيء. وقد اقتضت هذه الإضافة أن يشار إلىٰ التزام المشتري برد قيمة ما تبرع به أو استهلكه.

والمادة المقترحة تقابل المادة (517) من التقنين الكويتي التي تنص علىٰ أنه: «إذا كان البائع قد استوفىٰ بعض ما للتركة من الحقوق، أو باع شيئًا مما اشتملت عليه أو استهلكه - وجب أن يرد للمشتري ما استولىٰ عليه وقيمة ما استهلكه، ما لم يكن قد اشترط عند البيع عدم الرد».

(**انظر**: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م(641) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج3/ ص 213).

والسند الشرعي للنص المقترح أن البائع حين يستوفي حقًّا للتركة أو يبيع شيئًا مما اشتملت عليه، أو يتبرع به أو يستهلكه - إنما يتصرف فيما لا حق له فيه، فيجب عليه رده إلىٰ المشتري، ما لم يكن عند البيع قد اشترط صراحة عدم الرد.

مادة (448): يرد المشتري للبائع ما وفاه هذا من ديون التركة، ويحسب للبائع كل

ما يكون دائنًا به للتركة، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك.

هذه المادة تطابق المادة (476) من التقنين الحالي.

وتتفق في حكمها مع المادة (518) من التقنين الكويتي التي تنص علىٰ أن: «يرد المشتري للبائع ما يكون قد وفاه من ديون التركة، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغيره، ولا يخل بيع الوارث لحصته بما عساه أن يكون له من حقوق علىٰ التركة».

انظر: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م(642) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص213)، والسند الشرعي للمادة المقترحة هو أن ما يوفيه البائع من ديون التركة يعتبر أداء الدين علىٰ غيره يحق له أن يستوفيه من المشتري وما يكون البائع دائنًا به للتركة يحق له كذلك أن يستوفيه من المشتري وهذا وذاك ما لم يكن هناك اتفاق علىٰ غيره.

البيع في مرض الموت:

مادة (449):

1- إذا باع المريض مرض الموت لوارث أو لغير وارث بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت، فإن البيع ينفذ في حق الورثة إذا كانت زيادة قيمة المبيع علىٰ الثمن لا تجاوز ثلث التركة، داخلًا فيها المبيع ذاته.

2- أما إذا كانت هذه الزيادة تجاوز ثلث التركة، فإن البيع فيما يجاوز الثلث لا ينفذ في حق الورثة إلا إذا أجازوه أو رد المشتري للتركة ما يفي بتكملة الثلثين.

3- ويسري علىٰ بيع المريض مرض الموت في هذا الصدد أحكام المادة (995).

هذه المادة تطابق المادة (477) من التقنين الحالي.

وتتفق في حكمها مع المادة (519/1) من التقنين الكويتي التي تنص علىٰ أن: «يسري علىٰ بيع المريض مرض الموت أحكام المادة (954)».

وتقابل المادة (1109/ 1) من التقنين العراقي التي تنص علىٰ أن: «كل تصرف ناقل للملكية يصدر من شخص في مرض الموت، مقصود به التبرع أو المحاباة - يعتبر كله أو بقدر ما فيه من محاباة تصرفًا مضافًا إلىٰ ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيًّا

كانت التسمية التي تعطىٰ له».

وتقابل المادتين (1/544) و(545) من التقنين الأردني:

فالمادة (1/544) من هذا التقنين تنص علىٰ أن: «بيع المريض شيئًا من ماله لأحد ورثته - لا ينفذ، ما لم يجزه باقي الورثة بعد موت المورث».

والمادة (545) تنص على ما يأتي:

«1 - بيع المريض من أجنبي بثمن يقلُّ عن قيمة المبيع وقت الموت - نافذ في حق الورثة إذا كانت زيادة قيمة المبيع علىٰ الثمن لا تتجاوز ثلث التركة داخلًا فيها المبيع ذاته.

2- أما إذا تجاوزت هذه الزيادة ثلث التركة فلا ينفذ البيع، ما لم يقره الورثة أو يكمل المشتري ثلثي قيمة البيع، وإلا كان للورثة فسخ البيع».

وأحكام الفقرتين الأولىٰ والثانية من المادة المقترحة مأخوذة من الفقه الإسلامي: انظر هذه الأحكام علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة: في المواد (393 - 395) من المجلة، والمواد (358 - 361) من مرشد الحيران).

مادة (450): إذا باع المريض مرض الموت بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت، وكانت التركة مستغرقة بالدين؛ فلا ينفذ البيع في حق الدائنين إلا إذا أجازوه، أو رد المشتري للتركة ما يفي بتكملة الثمن إلىٰ ما يساوي قيمة المبيع.

هذه المادة مستحدثة.

فإذا باع المريض مرض الموت بثمن يقل عن ثمن المثل، وكانت التركة مستغرقة بالدين، فلا ينفذ البيع في حق الدائنين، ولو أجازه الورثة.

إذ إن حق الدائنين مقدم علىٰ حق الورثة، فلا تركة إلا بعد سداد الدين، فإذا أجاز الدائنون البيع أو رد المشتري إلىٰ التركة الفرق بين الثمن الذي تم به البيع وثمن المثل؛ نفذ البيع في حق الدائنين.

وهذا الحكم مجمع عليه في مذاهب الفقه الإسلامي: انظر هذا الحكم في مذهب الإمام أبي حنيفة: في المادة (395) من المجلة.

والمادة المقترحة تقابل المادة (546) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ أنه: «لا ينفذ بيع المريض لأجنبي بأقل من قيمة مثله ولو بغبن يسير في حق الدائنين إذا كانت التركة مستغرقة بالديون، وللمشتري دفع ثمن المثل وإلا جاز للدائنين فسخ البيع».

مادة (451):

1- لا تسري أحكام المادتين السابقتين إضرارًا بالغير حسن النية، إذا كان هذا الغير قد كسب بعوض حقًّا عينيًّا علىٰ العين المبيعة.

2- وفي هذه الحالة يلتزم المشتري من المريض بأن يرد للتركة ما يفي بتكملة ثلثي قيمتها بالنسبة إلىٰ الورثة، أو ما يفي بتكملة الثمن إلىٰ ما يساوي قيمة المبيع بالنسبة إلىٰ الدائنين بحسب الأحوال.

الفقرة الأولىٰ من هذه المادة تطابق المادة (478) من التقنين الحالي.

أما الفقرة الثانية فمستحدثة. وقد أضيفت لبيان ما يكون علىٰ المشتري أن يرده إلىٰ التركة في حالة ما إذا كسب الغير حسن النية حقًّا عينيًّا علىٰ العين المبيعة بعوض، حيث يجب ألا يضار هذا الغير، فإذا لم تكن التركة مستغرقة بالدين؛ كان علىٰ المشتري أن يرد إلىٰ التركة ما يفي بتكملة ثلثي قيمتها للمحافظة علىٰ حقوق الورثة؛ إعمالًا لحكم الوصية، وإذا كانت التركة مستغرقة بالدين؛ فلا يتعلق الأمر حينئذ بحقوق للورثة، حيث لا تكون هناك تركة، وإنما يكون المقصود هو المحافظة علىٰ حقوق الدائنين الذين تتقدم حقوقهم علىٰ حقوق الورثة، فيكون علىٰ المشتري أن يرد إلىٰ التركة الفرق بين الثمن الذي تم به البيع، وثمن المثل.

والفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة تطابق الفقرة الثانية من المادة (519) من التقنين الكويتي، التي تطابق المادة (478) من التقنين المصري الحالي.

وتطابق الفقرة الأولىٰ من المادة (547) من التقنين الأردني.

والفقرة الثانية من المادة المقترحة تقابل الفقرة الثانية من المادة (540) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ ما يأتي: «وفي هذه الحالة يجوز لدائني التركة المستغرقة بالديون الرجوع علىٰ المشتري من المريض بالفرق بين الثمن وقيمة المبيع، وللورثة هذا الحق

إذا كان المشتري أحدهم، وإن كان أجنبيًّا وجب عليه رد ما يكمل ثلثي قيمة المبيع للتركة».

بيع النائب لنفسه:

مادة (452): لايجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضىٰ اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة - أن يشتري لنفسه مباشرة أو باسم مستعار، ولو بطريق المزاد العلني، ما نيط به بيعه بموجب هذه النيابة، ما لم يكن ذلك بإذن القضاء ومع عدم الإخلال بما يكون منصوصًا عليه في قوانين أخرىٰ.

هذه المادة تطابق المادة (479) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (548) من التقنين الأردني.

وتتفق في حكمها مع ما جاء في المادة (592) من التقنين العراقي.

وتتفق في حكمها مع ما جاء في المادة (62) من التقنين الكويتي التي تقدم ذكرها.

وحكم المادة المقترحة مأخوذ من الفقه الإسلامي: انظر في مذهب الإمام أبي حنيفة: المادة (1496) من المجلة.

ويعتبر هذا الحكم تطبيقًا للقاعدة العامة الواردة في المادة (93) من المشروع، التي لا تجيز للشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه، سواء أكان التعاقد لحسابه أم لحساب شخص آخر.

مادة (453): لا يجوز للسماسرة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم في بيعها أو في تقدير قيمتها، ولو بطريق المزاد العلني، سواء أكان الشراء بأسمائهم أم بأسماء مستعارة.

هذه المادة تطابق المادة (480) من التقنين الحالي، مع إضافة عبارة: «ولو بطريق المزاد العلني».

وتطابق المادة (514/ 1) من التقنين الكويتي فيما عدا الإضافة المذكورة.

وتطابق المادة (549) من التقنين الأردني فيما عدا الإضافة المذكورة.

وتتفق في حكمها مع ما جاء في المادة (592) من التقنين العراقي.

ويعتبر الحكم الوارد في المادة المقترحة تكملة طبيعية لحكم المادة السابقة، فإن كان لدىٰ السمسار أو الخبير توكيل؛ كان حكمه حكم الوكيل، فلا يجوز له شراء ما وكل في بيعه، وإن لم يكن لديه توكيل كان عقده تصرفًا في ملك الغير بدون إذنه، وفي الحالين يكون العقد موقوفًا علىٰ إجازة المالك.

مادة (454): يكون العقد في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين - موقوفًا علىٰ إجازة من تم البيع لحسابه.

هذه المادة تقابل المادة (481) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ أنه: «يصح العقد في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا أجازه من تم البيع لحسابه.

وتقابل الفقرة الثانية من المادة (518) من التقنين الكويتي التي تتناول حظر الشراء علىٰ السماسرة والخبراء، فتنص علىٰ أنه: «يصح العقد في هذه الأحوال إذا أقره من تم البيع لحسابه».

وقد رئي الأخذ في هذا الصدد بفكرة العقد الموقوف المعروف في الفقه الإسلامي، فهذا أدق من الناحية الفنية، فعقد الشراء الذي يبرمه النائب أو السمسار أو الخبير لنفسه في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين - ينعقد موقوفًا علىٰ إجازة من تم البيع لحسابه، فإن أجازه نفذ وإن لم يجزه بطل.



الفصل الثاني
المقايضة

مادة (455): المقايضة عقد تنتقل بمقتضاه من كل من المتعاقدين إلىٰ الآخر، علىٰ سبيل التبادل – ملكية مال ليس من النقود.

هذه المادة تقابل المادة (482) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ أن: «المقايضة عقد به يلتزم كل من المتعاقدين أن ينقل إلىٰ الآخر، علىٰ سبيل التبادل، ملكية مال ليس من النقود».

وكما سبق القول في تعريف البيع، فإنه يؤخذ علىٰ التقنين الحالي أنه يعرف المقايضة بالأثر الذي يترتب عليها، وهو التزام كل من الطرفين بنقل الملكية، مع أن التعريف يجب أن يتناول العناصر المكونة للعقد، وهي تتركز في اتجاه إرادة الطرفين إلىٰ تحقيق عملية قانونية معينة، هي محل العقد. والعملية القانونية المقصودة من المقايضة هي انتقال ملكية مال ليس من النقود من كل من المتعاقدين إلىٰ الآخر علىٰ سبيل التبادل، حيث يرتب عقد المقايضة التزامات علىٰ عاتق كل من الطرفين، وهذه الالتزامات ترمي في مجموعها إلىٰ تحقيق العملية القانونية المقصودة من العقد.

ولهذا جاء في التعريف المقترح أن مقتضىٰ عقد المقايضة هو انتقال ملكية مال ليس من النقود من كل من المتعاقدين إلىٰ الآخر علىٰ سبيل التبادل.

وكما تقدم في خصوص تعريف البيع، فإن المشروع يأخذ في تعريفه المقترح بالتصوير الذي يقول به الفقه الإسلامي، وهو أن الملك ينتقل بالعقد.

(**انظر**: المذكرة الإيضاحية للمادة (382) من المشروع).

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة (552) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ أن: «المقايضة مبادلة مال أو حق مالي بعوض من غير النقود».

وتتفق في حكمها مع المادة (520) من التقنين الكويتي التي تنص علىٰ أن: «المقايضة مبادلة مال بمال لا يكون أحدهما نقدًا».

والتعريف المقترح يتفق مع ما يقول به الفقه الإسلامي ففي مذهب الإمام أبي حنيفة تنص

المادة (122) من المجلة علىٰ أن: «بيع المقايضة بيع العين بالعين، أي مبادلة مال بمال غير النقدين».

> **مادة (456):** إذا كان للأشياء المتقايض فيها قيم مختلفة في تقدير المتعاقدين؛ جاز تعويض الفرق في القيمة بمعدل من النقود.

هذه المادة تطابق المادة (483) من التقنين الحالي، مع تعديل لفظي علىٰ النحو المذكور في المتن، حيث تنص علىٰ أنه: «إذا كان للأشياء المتقايض فيها قيم مختلفة في تقدير المتعاقدين؛ جاز تعويض الفرق بمبلغ من النقود يكون معدلًا».

وتطابق المادة (599) من التقنين العراقي فيما عدا التعديل اللفظي المشار إليه، وهي تطابق المادة (483) من التقنين المصري الحالي.

وتتفق في حكمها مع المادة (521) من التقنين الكويتي التي تنص علىٰ أنه: «إذا تفاوتت قيمة البدلين في تقدير المتقايضين؛ جاز تعويض فرق القيمة بمعدل من النقود».

وتتفق في حكمها مع المادة (554) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ أنه: «لا يخرج المقايضة عن طبيعتها إضافة بعض النقود إلىٰ إحدىٰ السلعتين للتبادل».

والسند الشرعي للمادة المقترحة ما اتفق عليه الفقهاء من جواز بيع عين بعين ونقد.

> **مادة (457):** تسري علىٰ المقايضة أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة، ويعتبر كل من المتقايضين بائعًا للشيء الذي قايض به، ومشتريًا للشيء الذي قايض عليه.

هذه المادة تطابق المادة (485) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (522) من التقنين الكويتي.

وتتفق في حكمها مع المادة (597) من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي:

«1 – لكل من البدلين في المقايضة حكم البيع، فتعتبر فيها شروطه، وإن وقعت منازعة في أمر التسليم لزم أن يسلم، ويتسلم كل من المتقايضين معًا.

2– ويعتبر كل من المتقايضين بائعًا للشيء الذي قايض به، ومشتريًا للشيء الذي

قايض عليه».

وتتفق في حكمها مع المادتين (553 و556) من التقنين الأردني:

فالمادة (553) من هذا التقنين تنص علىٰ أن: «يعتبر كل من المتبايعين في بيع المقايضة بائعًا ومشتريًا في وقت واحد».

والمادة (556) تنص علىٰ أن: «تسري أحكام البيع المطلق علىٰ المقايضة فيما لا يتعارض مع طبيعتها».

وحكم المادة المقترحة مأخوذ من الفقه الإسلامي: انظر في المذهب الحنفي: المادة (379) من المجلة.

مادة (458): مصروفات عقد المقايضة وغيرها من النفقات الأخرىٰ - يتحملها المتقايضان مناصفة، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك.

هذه المادة تطابق المادة (484) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (600) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (555) من التقنين الأردني.

وتطابق المادة (523) من التقنين الكويتي.

والسند الشرعي للمادة المقترحة أن كلًّا من المتعاقدين في حكم المشتري للعين التي أخذها، فتكون النفقات مناصفة بينهما.



الفصل الثالث
الهبة

(1) أركان الهبة:

مادة (459):

1- الهبة عقد تنتقل بمقتضاه ملكية شيء أو حق مالي آخر دون عوض.

2- ويجوز للواهب - دون أن يتجرد عن نية التبرع - أن يشترط علىٰ الموهوب له القيام بالتزام معين.

هذه المادة تقابل المادة (486) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1 - الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض.

2- ويجوز للواهب - دون أن يتجرد عن نية التبرع - أن يفرض علىٰ الموهوب له القيام بالتزام معين».

وقد روعي في تعريف الهبة في الفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة - إبراز محل العقد، وهي العملية القانونية المقصودة من الهبة، وذلك علىٰ نسق ما تقدم في خصوص عقد البيع، وما يراعيه المشروع كذلك بالنسبة إلىٰ العقود الأخرىٰ، فالعملية القانونية المقصودة من الهبة هي انتقال ملكية شيء أو حق مالي آخر من الواهب إلىٰ الموهوب له دون عوض، وهي العنصر الجوهري الذي يجب أن يظهر في تعريف الهبة (انظر: النظرة العامة التي تقدم ذكرها عن العقود المسماة).

ولا يختلف التعريف الوارد في المادة المقترحة في معناه عن التعريف الوارد في نص التقنين الحالي؛ لأن التصرف في المال دون عوض يعني انتقال ملكية شيء أو حق مالي آخر دون عوض، ولكن المشروع آثر الصيغة المقترحة جريًا علىٰ خطته في إبراز محل العقد.

أما الفقرة الثانية من المادة المقترحة فتطابق الفقرة الثانية من المادة (486) من التقنين الحالي، مع استبدال كلمة: «يشترط» بكلمة: «يفرض».

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المواد (601/ أو 611 و613) من التقنين العراقي.

فالمادة (1/601) من هذا التقنين تنص علىٰ أن: «الهبة هي تمليك مال لآخر بلا عوض».

والمادة (611) تنص علىٰ أن: «تصح الهبة بشرط العوض، ويعتبر الشرط...».

والمادة (613) تنص علىٰ أن: «تنتقل بالهبة ملكية الموهوب إلىٰ الموهوب له».

وتتفق في حكمها مع المادة (557) من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي:

«1 - الهبة تمليك مال أو حق مالي لآخر حال حياة المالك دون عوض.

2- ويجوز للواهب - مع بقاء فكرة التبرع - أن يشترط علىٰ الموهوب له القيام بالتزام معين، ويعتبر هذا الالتزام عوضا».

وتتفق في حكمها مع المادة (524) من التقنين الكويتي التي تنص علىٰ أن: «الهبة عقد علىٰ تمليك مال في الحال بغير عوض».

والفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة حكمها مأخوذ من الفقه الإسلامي علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة، ومذهب الإمام مالك: م(833) من المجلة، وم (77) من مرشد الحيران، وم (351) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة، وم(527) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك.

(**انظر في المذهب الحنفي**: ابن عابدين (ج4/ ص530 و531)، ومجمع الأنهر (ج2/ ص352).

وانظر في المذهب المالكي: الشرح الصغير وحاشيته (ج2/ ص342 و343)، والشرح الكبير وحاشيته (ج4/ ص87 و90).

والفقرة الثانية من المادة المقترحة حكمها مأخوذ من الفقه الإسلامي علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة، ومذهب الإمام مالك: م (855) من المجلة، وم (77) من مرشد الحيران، وم (368) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة، وم (546و 547) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك.

(**انظر في المذهب الحنفي**: ابن عابدين (ج4/ ص542).

وانظر في المذهب المالكي: الشرح الصغير وحاشيته (ج2/ (ص305 و350)، والشرح الكبير وحاشيته (ج4/ ص102 و103).

انظر كذلك: المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م(659) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص244).

مادة (460):

1- يلزم في الهبة قبول الموهوب له أو نائبه.

2- فإذا كان الموهوب له جنينًا؛ كان قبول الهبة وقبض الشيء الموهوب ممن له الولاية علىٰ ماله.

3- وإذا كان الواهب هو ولي الموهوب له أو وصيه؛ ناب عنه في قبول الهبة وقبض الشيء الموهوب.

هذه المادة تقابل المادة (487) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1 - لا تتم الهبة إلا إذا قبلها الموهوب له أو نائبه.

2- فإذا كان الواهب هو ولي الموهوب له أو وصيه؛ ناب عنه في قبول الهبة وقبض الموهوب».

فالفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة تقابل الفقرة الأولىٰ في نص التقنين الحالي.

والفقرة الثالثة من المادة المقترحة تطابق الفقرة الثانية من نص التقنين الحالي.

أما الفقرة الثانية من المادة المقترحة فمستحدثة، وقد قصد بإيرادها حسم الخلاف القائم فيما يتعلق بجواز الهبة للجنين، فالرأي الذي يقول بعدم جوازها يستند إلىٰ أن الجنين لا يقدر علىٰ القبول وليس له ولي يقبل عنه، وقد أصبحت هذه الحجة مردودة بعد أن نص قانون الولاية علىٰ المال علىٰ جواز إقامة وصي علىٰ الحمل المستكن، سواء كان وصيًّا مختارًا أو معينًا من قبل المحكمة م(28/ 1 و2) و(29/ 1).

وهذا يتسق مع الحكم الذي يقرره قانون الوصية من أنه: «إذا كان الموصىٰ له جنينًا أو قاصرًا أو محجوزًا عليه - يكون قبول الوصية ممن له الولاية علىٰ ماله بعد إذن...» م(20/ 1).

وسيجيء أن الفقه الإسلامي في مذهب الإمام مالك يجيز الهبة للجنين.

والمادة المقترحة تقابل المادة (558) من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي:

«1 – تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالقبض.

2– يكفي في الهبة مجرد الإيجاب، إذا كان الواهب ولي الموهوب له أو وصيه والشيء الموهوب في حوزته، وكذا لو كان الموهوب له صغيرًا يقوم الواهب علىٰ تربيته».

وتقابل المادتين (604 و605/ 1) من التقنين العراقي.

فالمادة (604) من هذا التقنين تنص علىٰ أن: «يملك الصغير المال الذي وهبه إياه وليُّه أو من هو في حجره بمجرد إيجاب الواهب، ما دام المال في يده أو كان وديعة أو عارية عند غيره ولا يحتاج إلىٰ القبض».

والمادة (605/ 1) تنص علىٰ أنه: «إذا وهب شيء لصبي غير مميز؛ قام مقامه وليُّه أو من هو في حجره».

وحكم الفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة مأخوذ من الفقه الإسلامي في مختلف مذاهبه، فقد نصت المادة (837) من المجلة علىٰ أن: «تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالقبض».

وحكم الفقرة الثانية مأخوذ من الفقه الإسلامي علىٰ مذهب الإمام مالك (أحمد إبراهيم، التزامات التبرعات، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الثالثة ص (62).

وحكم الفقرة الثالثة مستمد من الفقه الإسلامي في مختلف مذاهبه.

فقد نصت المادة (84/ 1) من مرشد الحيران علىٰ أنه: «إذا وهب شخص هبة لمن ليس أهلًا للقبول – جاز لوليه أو وصيه أو من هو في حجره أن يقبل الهبة ويقبضها عنه».

انظر كذلك: مادة (851) من المجلة، ومادة (358) من مشروع تقنين الشريعة علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة.

مادة (461):

1– يلزم لانعقاد الهبة، فوق الإيجاب والقبول، أن تكون بورقة رسمية، وإلا

وقعت باطلة، ما لم تتم تحت ستار عقد آخر.
2- ومع ذلك يجوز في المنقول أن تنعقد الهبة بالقبض، دون حاجة إلىٰ ورقة رسمية.

هذه المادة تتفق في حكمها مع المادة (488) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ أن: «تكون الهبة بورقة رسمية، وإلا وقعت باطلة، ما لم تتم تحت ستار عقد آخر».

وتقابل المادتين (602 و603) من التقنين العراقي.

فالمادة (602) من هذا التقنين تنص علىٰ أنه: «إذا كان الموهوب عقارًا؛ وجب لانعقاد الهبة أن تسجل في الدائرة المختصة».

والمادة (603) تنص على ما يأتي:

«1 - لا تتم الهبة في المنقول إلا بالقبض، ويلزم في القبض إذن الواهب صراحة أو دلالة.

2- وإذا أذن الواهب صراحة صحَّ القبض في مجلس الهبة أو بعده، وأما إذنه بالقبض دلالة فمقيد بمجلس الهبة، وعقد الهبة إذن بالقبض دلالة».

وتقابل المادة (525) من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي:

«1 - يتوقف نفاذ عقد الهبة علىٰ أي إجراء تعلق النصوص التشريعية نقل الملكية عليه، ويجوز لكل من طرفي العقد استكمال الإجراءات اللازمة.

2- وتتم في المنقول بالقبض دون حاجة إلىٰ تسجيل».

وتقابل المادة (525) من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي:

«1 - لا تنعقد الهبة إلا إذا اقترنت بقبض الموهوب أو وُثِّقَتْ في محرر رسمي.

2- ويعتبر العقد قد تم ولو بقي الشيء في يد الواهب، إذا كان وليًا أو وصيًا أو قيمًا أو قائمًا علىٰ تربية الموهوب له».

وفي الفقه الإسلامي عند الحنفية لا ينتقل ملك الموهوب إلا بالقبض، أما قبل القبض فتصح الهبة، ولكنها تكون هبة غير لازمة (البدائع (ج6/ ص 122)، الهداية علىٰ هامش فتح القدير (ج7/ ص113 - 117).

وعند الشافعية والحنابلة لا تلزم الهبة، ولا ينتقل الملك إلا بالقبض بإذن الواهب (المهذب (ج1 / ص447)، المغني (ج5/ ص591 - 593)).

وعند المالكية يستطيع الموهوب له أن يجبر الواهب علىٰ التسليم، وله أن يقبض الهبة بغير إذن الواهب، وهذا مبني علىٰ القول المشهور عندهم من أن الموهوب له يتملك الشيء الموهوب بمجرد العقد (انظر: مادة (530) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك ومذكرتها الإيضاحية). وبهذا الرأي أخذ المشروع.

وطبقًا للنص المقترح - وهو حكم التقنين الحالي - يلزم لانعقاد الهبة فوق الإيجاب والقبول - أن تكون بورقة رسمية، سواء في العقار أو المنقول، ما لم تتم تحت ستار عقد آخر - ولا تتم هبة العقار إلا إذا كانت بورقة رسمية، ويجوز أن تتم هبة المنقول بالقبض دون حاجة إلىٰ ورقة رسمية، فكما تتم هبة المنقول بالورقة الرسمية يجوز أيضًا أن تتم بالقبض، وفي هذه الحالة يغني القبض عن الورقة الرسمية، وليست هناك طريقة محددة للقبض، فالنص مطلق، وبذلك يصبح قبض الهبة معادلًا لتسليم المبيع.

والسند الشرعي للنص المقترح فيما يتعلق بالرسمية هو مصلحة حفظ المال ورفع الخصومة.

وقد أغفل المشروع النص علىٰ ما تقضي به المادة (489) من التقنين الحالي من أنه: «إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب في الشكل؛ فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه». ذلك أن الهبة عقد خطير يتجرد به الواهب عن ماله دون مقابل، الأمر الذي يجعله في أشد الحاجة إلىٰ التأمل والتدبر، وهو ما توفره له الشكلية حيث أراد الشارع أن يجعل من الإجراءات الرسمية المعقدة وما تتطلبه من وقت وجهد وسيلة تتيح للواهب الوقت الكافي للتروي، فيأمن شر الاندفاع وراء انفعالات وقتية، وبذلك يحمي الواهب نفسه، كما يحمي ورثته. ومن الواضح أن النص المذكور الذي أغفله المشروع يتيح للواهب الهروب من الشكلية المفروضة، وذلك بأن يقوم الواهب بتنفيذ الهبة مختارًا رغم عدم توفر الرسمية المطلوبة، أو تقوم ورثته بهذا التنفيذ، فتصحّ الهبة.

وليس في إغفال النص المذكور ما يحول دون إبرام هبة صحيحة، فإذا كانت الهبة

باطلة لعيب في الشكل، فما علىٰ الواهب أو ورثته إلا أن يعيدوا إبرام العقد من جديد، فيستوفيا الشكل المطلوب، وعند ذلك تتم الهبة.

مادة (462): الوعد بالهبة لا ينعقد إلا إذا كان بورقة رسمية.

هذه المادة تطابق المادة (490) من التقنين الحالي.

وما تقضي به هذه المادة ليس إلا تطبيقًا للقاعدة العامة الواردة في المادة (86/ 2) من المشروع التي تنص علىٰ أنه: «إذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين - فهذا الشكل تجب مراعاته أيضًا في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد».

وهي تقابل المادة (563) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ ما يأتي: «علىٰ الرغم مما ورد في المادتين (92 و254) من هذا القانون، لا تنعقد الهبة بالوعد، ولا تنعقد علىٰ مال مستقبل».

وحكمها في التقنين العراقي تطبيق للقاعدة الواردة في المادة (91/ 2) من هذا التقنين.

وحكمها في التقنين الكويتي تطبيق للقاعدة الواردة في المادة (69) من هذا التقنين.

والسند الشرعي للنص المقترح هو مصلحة المحافظة علىٰ المال ورفع النزاع.

مادة (463): من وهب ملك غيره بدون إذنه؛ كانت هبته موقوفة علىٰ إجازة المالك، وتسري عليها أحكام المادتين (440 و441).

هذه المادة تقابل المادة (491) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ أنه: «إذا وردت الهبة علىٰ شيء معين بالذات، غير مملوك للواهب؛ سرت عليها أحكام المادتين (466 و467)».

والأحكام الواردة في المادة المقترحة تطبيق للقاعدة العامة الواردة في المادتين (127 و128/ 3) من المشروع، فقد نصت المادة (127) علىٰ أن: «يكون العقد موقوف النفاذ علىٰ الإجازة إذا كان تصرفًا في ملك الغير بدون إذنه». ونصت المادة (128/ 3) علىٰ أنه: «إذا كان العقد موقوفًا لكونه تصرفًا في ملك الغير بدون إذنه - كانت إجازته للمالك».

وفي هذا التطبيق تقضي المادة المقترحة بسريان أحكام بيع ملك الغير الواردة في المواد (439 و440 و441) من المشروع، وقد رئي ذكر الحكم الأساسي في هذه الأحكام وهو أن تكون الهبة موقوفة علىٰ إجازة المالك، ثم الإشارة بتطبيق أحكام المادتين الباقيتين، وهما المادتان (440 و441).

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة (559) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ أنه: «لا ينفذ عقد الهبة إذا كان المال الموهوب غير مملوك للواهب، ما لم يجزه المالك ويتم القبض برضاه».

وتقابل ما جاء في المادة (609/ 1) من التقنين العراقي التي تنص علىٰ أنه: «يشترط وجود الموهوب وقت الهبة، ويلزم أن يكون معينًا مملوكًا للواهب».

وتقابل المادة (527) من التقنين الكويتي التي تنص علىٰ أن: «هبة مال الغير باطلة».

وأحكام المادة المقترحة تتفق مع ما يقرره الفقه الإسلامي في المذهب الحنفي، حيث تنص المادة (857) من المجلة علىٰ أنه: «يلزم أن يكون الموهوب مال الواهب، وبناءً عليه لو وهب أحد مال غيره لا تصح، ولكن بعد الهبة لو أجازها صاحب المال تصح» انظر في هذا: البدائع (ج6/ ص119).

مادة (464): يشترط وجود الموهوب وقت الهبة، فتقع هبة الأموال المستقبلة باطلة.

هذه المادة تقابل المادة (492) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ أن: «تقع هبة الأموال المستقبلة باطلة»، وقد رئي إضافة أصل الحكم، بحيث يكون بطلان هبة المال المستقبل نتيجة لهذا الأصل.

وتتفق في حكمها مع ما جاء في المادة (609/ 1) من التقنين العراقي التي تنص علىٰ أنه: «يشترط وجود الموهوب وقت الهبة، ويلزم أن يكون معينًا مملوكًا للواهب».

وتتفق في حكمها مع ما جاء في المادة (562) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ ما يأتي: «علىٰ الرغم مما ورد في المادتين (92و 254) من هذا القانون لا تنعقد الهبة بالوعد ولا تنعقد علىٰ مال مستقبل».

وحكم المادة المقترحة يتفق مع ما يقرره الفقه الإسلامي، ففي المذهب الحنفي نصت المادة (856) من المجلة علىٰ أنه: «يشترط وجود الموهوب وقت الهبة...».

(2) آثار الهبة:

مادة (465): إذا لم يكن الموهوب له قد تسلم الشيء الموهوب؛ فإن الواهب يلتزم بتسليمه إياه، وتسري في ذلك الأحكام المتعلقة بتسليم المبيع.

هذه المادة تطابق المادة (493) من التقنين الحالي.

وتتفق في حكمها مع المادة (1/530) من التقنين الكويتي التي تنص علىٰ أن: «يلتزم الواهب بتسليم الموهوب إلىٰ الموهوب له، ويتبع في ذلك أحكام تسليم المبيع».

وتتفق في حكمها مع المادة (1/535) من التقنين الكويتي التي تنص علىٰ أن: «يلتزم الواهب بتسليم المال الموهوب، إذا لم يكن الموهوب له قد قبضه، وتسري في ذلك الأحكام المتعلقة بتسليم المبيع».

والسند الشرعي لوجوب التسليم ما يراه المالكية: من أن الهبة تنعقد صحيحة لازمة للواهب ناقلة للملك بمجرد العقد، ويجبر الواهب علىٰ التسليم. (انظر: مادة (530) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك ومذكرتها الإيضاحية).

مادة (466): 1- لا يضمن الواهب استحقاق الشيء الموهوب، إلا إذا تعمد إخفاء سبب الاستحقاق أو كانت الهبة بعوض، وفي الحالة الأولىٰ يقدر القاضي للموهوب له تعويضًا عادلًا عما أصابه من الضرر، وفي الحالة الثانية لا يضمن الواهب الاستحقاق إلا بقدر ما أداه الموهوب له من عوض. 2- وإذا استحق الشيء الموهوب؛ حل الموهوب له محل الواهب فيما له من حقوق ودعاوىٰ.

هذه المادة تطابق المادة (494) من التقنين الحالي، مع حذف العبارة الأخيرة من الفقرة الأولىٰ التي تقول: «كل هذا ما لم يتفق علىٰ غيره»، وذلك لعدم جواز الاتفاق

علىٰ تعديل أحكام ضمان الاستحقاق. (انظر: مادة (413)).

وتقابل المادتين (531 و532) من التقنين الكويتي:

فالمادة (531) من هذا التقنين تنص علىٰ أنه: «لا يضمن الواهب إلا التعرض الناشئ عن فعله، كما لا يضمن استحقاق الموهوب إلا إذا تعمد إخفاء سبب الاستحقاق أو كانت الهبة مقترنة بتكليف، وذلك ما لم يتفق علىٰ غيره أو يقضي القانون بخلافه».

والمادة (532) تنص على ما يأتي:

«1 - إذا استحق الموهوب، وكان الواهب قد تعمد إخفاء سبب الاستحقاق؛ يقدر القاضي للموهوب له تعويضًا عادلًا.

2- فإن كانت الهبة مقترنة بتكليف؛ فلا يلتزم الواهب بضمان الاستحقاق إلا في حدود ما أداه الموهوب له من التكليف، ويحل الموهوب له محل الواهب فيما يكون له من حقوق ودعاوىٰ».

والفقرة الأولىٰ منها تقابل المادة (568) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ أنه: «لا يضمن الواهب استحقاق الموهوب في يد الموهوب له إذا كانت الهبة بغير عوض، ولكنه يكون مسئولًا عن كل ضرر يلحق الموهوب له من جراء هذا الاستحقاق، إذا تعمد إخفاء سبب الاستحقاق، أما إذا كانت الهبة بعوض، فإنه لا يضمن الاستحقاق إلا بقدر ما أداه الموهوب له من عوض، ما لم يتفق علىٰ غير ذلك».

وتقابل المادتين (614 و615) من التقنين العراقي:

فالمادة (614) من هذا التقنين تنص على ما يأتي:

«1 - لا يضمن الواهب استحقاق الموهوب، إلا إذا تعمد إخفاء سبب الاستحقاق أو إلا إذا كانت الهبة بعوض، وفي الحالة الأخيرة لا يضمن الواهب الاستحقاق إلا بقدر ما أداه الموهوب له من عوض، كل هذا ما لم يتفق علىٰ غيره.

2- وإذا استحق الموهوب؛ حلَّ الموهوب له محل الواهب فيما له من حقوق ودعاوىٰ». وهذه المادة تطابق نص المشروع التمهيدي للتقنين المصري.

والمادة (615) تنص علىٰ أنه: «إذا أتلفت العين الموهوبة واستحقها مستحق

وضمن المستحق الموهوب له - فلا يرجع هذا علىٰ الواهب بما ضمن إلا بالقدر الذي يضمن به الواهب الاستحقاق وفقًا للأحكام السابقة».

وفي الفقه الإسلامي طبقًا للمذهب الحنفي إذا استحقت الهبة؛ فللموهوب له الرجوع بجميع العوض الذي أداه، وإن استحق نصف الهبة؛ رجع بنصف العوض (انظر: م(523) من قانون الأحوال الشخصية لقدري باشا). وقد نصت المادة (367) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة علىٰ أنه: «إذا أتلفت العين الموهوبة أو استحقها مستحق وضمن المستحق الموهوب له - لم يرجع علىٰ الواهب بما ضمن إلا إذا اشترط تضمينه عند الاستحقاق، وجاء في قواعد ابن رجب ص (230) أن اليد القابضة تملكًا لا بعوض للعين ثمن فيها كالهبة لا ترجع بما ضمنته بحال، ذكره القاضي وابن عقيل، أما ضمان الواهب عند إخفاء سبب الاستحقاق - فسنده القواعد العامة في الضمان.

مادة (467):

1- لا يضمن الواهب الشيء الموهوب من العيب.

2- علىٰ أنه إذا تعمد الواهب إخفاء العيب، أو ضمن خلو الشيء الموهوب من العيوب - كان ملزمًا بتعويض الموهوب له عن الضرر الذي يسببه العيب.

3- وإذا كانت الهبة بعوض؛ كان الواهب ملزمًا بالتعويض، علىٰ ألا يجاوز هذا التعويض قدر ما أداه الموهوب له من عوض.

هذه المادة تتفق في حكمها مع المادة (495) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1 - لا يضمن الواهب خلو الشيء الموهوب من العيب.

2- علىٰ أنه إذا تعمد الواهب إخفاء العيب، أو ضمن خلو الشيء الموهوب من العيوب - كان ملزمًا بتعويض الموهوب له عن الضرر الذي يسببه العيب، ويكون كذلك ملزمًا بالتعويض إذا كانت الهبة بعوض، علىٰ ألا يجاوز التعويض في هذه الحالة

قدر ما أداه الموهوب له من هذا العوض».

وقد رئي إفراد فقرة مستقلة، وهي الفقرة الثالثة في المادة المقترحة للحالة التي تكون الهبة فيها بعوض؛ لأن حكم التعويض فيها عن العيب الخفي يختلف عنه في الحالتين الأخريين.

ففي حالتي تعمد الواهب إخفاء العيب، وضمانه خلو الشيء الموهوب من العيوب، لا يلزم بتعويض الموهوب له إلا عن الضرر الذي يسببه العيب، فلا يعوض الموهوب له عن العيب ذاته، أي عن نقص قيمة العين الموهوبة بسبب العيب، وإنما يعوضه عما سببه العيب من الأضرار.

أما في حالة ما إذا كانت الهبة بعوض، فإن الواهب يعوض الموهوب له عن الأضرارالتي لحقت به بسبب العيب، وكذلك عن نقص قيمة العين الموهوبة، علىٰ ألا يجاوز التعويض مقدار العوض.

فإذا كانت الهبة بعوض وتعمد الواهب إخفاء العيب أو ضمن خلو الشيء الموهوب من العيوب - وجب عليه تعويض الموهوب له عن كل الخسارة التي لحقته بسبب العيب، ولو جاوزت هذه الخسارة مقدار العوض.

والفقرتان الأولىٰ والثانية من المادة المقترحة تتفقان في الحكم مع المادة (533) من التقنين الكويتي، التي تنص علىٰ أنه «لا يضمن الواهب براءة الموهوب من العيب، إلا إذا اتفق علىٰ غير ذلك، أو كان الواهب قد تعمد إخفاء العيب، وعندئذٍ لا يكون ملزمًا إلا بتعويض الموهوب له عما يسببه العيب من ضرر».

والمادة المقترحة تقابل المادة (571) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ أنه: «لا يضمن الواهب العيب الخفي في الموهوب، ولو تعمد إخفاءه، إلا إذا كانت الهبة بعوض».

وما تنص عليه الفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة من أن الأصل في الهبة أن الواهب لا يضمن العيوب الخفية - يتفق مع ما يقره الفقه الإسلامي (قانون الأحوال الشخصية لقدري باشا م (258/ 6))، وجاء في بداية المجتهد لابن رشد (ج2/ ص153): «أما العقود التي يجب فيها بالعيب حكم بلا خلاف - فهي العقود التي مقصود منها

المعاوضة، كما أن العقود التي ليس المقصود منها المعاوضة لا خلاف أيضًا في أنه لا تأثير للعيب فيها، كالهبات لغير الثواب، وأما ما بين هذين الصنفين من العقود، أعني ما جمع قصد المكارمة والمعاوضة، مثل هبة الثواب - فالأظهر في المذهب أنه لا حكم فيها بوجود العيب، وقد قيل: يحكم به إذا كان العيب مفسدًا».

مادة (468): إذا هلك المال الموهوب قبل تسليمه، فلا يكون الواهب مسئولًا إلا عن فعله العمد أو خطئه الجسيم.

هذه المادة تتفق في حكمها مع المادة (496) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «لا يكون الواهب مسئولًا إلا عن فعله العمد أو خطئه الجسيم». وتقابل المادة (616) من التقنين العراقي التي تطابق المادة (496) من التقنين الحالي.

وتتفق في حكمها مع المادة (530/ 2) من التقنين الكويتي التي تنص علىٰ أنه: «إذا هلك المال الموهوب قبل تسليمه، أو حصل فيه تغير أو نقص؛ لا يكون الواهب مسئولًا إلا عن فعله العمد أو خطئه الجسيم».

انظر: المذكرة الإيضاحية للمواد المقابلة للمواد من (493) إلىٰ (496) من التقنين الحالي في المشروع التمهيدي م (674 - 677) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج5/ ص271 - 273).

والسند الشرعي للنص المقترح هو القواعد العامة في الضمان، علىٰ اعتبار أن الواهب يسأل عن فعله العمد وخطئه الجسيم الذي أدىٰ إلىٰ هلاك مال مملوك للموهوب له، واتساقًا مع هذا نصت المادة (536) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك علىٰ أنه: «لا تبطل الهبة ببيع الواهب للشيء الموهوب قبل حوزه».

مادة (469): يلتزم الموهوب له بأداء ما اشترط عليه من عوض، سواء اشترط هذا العوض لمصلحة الواهب، أم لمصلحة أجنبي، أم للمصلحة العامة.

هذه المادة تطابق المادة (497) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (618) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (572) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ أن: «علىٰ الموهوب له أداء ما اشترطه الواهب من عوض، سواء أكان هذا العوض للواهب أم للغير».

وتقابل المادة (534) من التقنين الكويتي التي تنص علىٰ أن: «يلتزم الموهوب له بالقيام بما يفرضه عليه العقد من تكليف، سواء كان هذا التكليف مشروطًا لمصلحة الواهب أو لمصلحة الغير».

ويتفق حكم المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الإسلامي، ففي هذا الفقه يلتزم الموهوب له بمراعاة شرط العوض م (855) من المجلة، و م (368) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة، و م (538 فقرة 1 و2 و3) من قانون الأحوال الشخصية لقدري باشا، وم (547) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك. انظر: ابن عابدين (ج4 / ص542)، والشرح الصغير وحاشيته (ج2/ ص350)، والشرح الكبير وحاشيته (ج4/ ص102 و103).

انظر: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م (679) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص279).

مادة (470):

1- إذا اشترط الواهب عوضًا عن الهبة وفاء ديونه، فلا يكون الموهوب له ملزمًا إلا بوفاء الديون التي يحددها العقد.

2- وإذا كان الشيء الموهوب مثقلًا بحق عيني ضمانًا لدين في ذمة الواهب، أو في ذمة شخص آخر؛ فإن الموهوب له يلتزم بوفاء هذا الدين، ما لم يوجد اتفاق علىٰ غير ذلك.

الفقرة الأولىٰ من هذه المادة تقابل الفقرة الأولىٰ من المادة (499) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «إذا اشترط الواهب عوضًا عن الهبة وفاء ديونه، فلا يكون الموهوب له ملزمًا إلا بوفاء الديون التي كانت موجودة وقت الهبة، هذا ما لم يتفق علىٰ غيره».

وقد رئي تعديل هذا النص علىٰ نحو يكون الموهوب له فيه علىٰ بينة من الديون

التي يلتزم بالوفاء بها.

وقد استرشد المشروع في هذا التعديل بما نصت عليه المادة (881) من مجلة الأحكام الشرعية في الفقه الحنبلي من أنه: «إذا شرط في الهبة عوض معلوم صار بيعًا فتجرىٰ فيها أحكامه، وإذا كان العوض مجهولًا فهو بيع فاسد».

أما الفقرة الثانية من المادة المقترحة فتطابق الفقرة الثانية من المادة (499) من التقنين الحالي.

والمادة المقترحة تقابل المادة (619) من التقنين العراقي التي تطابق المادة (499) من التقنين المصري الحالي.

وتقابل المادتين (573، 574) من التقنين الأردني اللتين تطابقان المادة (499) من التقنين المصري الحالي.

وتقابل المادة (536) من التقنين الكويتي التي تنص علىٰ أنه: «إذا كانت الهبة مقترنة بتكليف الموهوب له الوفاء بديون الواهب؛ فإنه لا يكون ملزمًا إلا بوفاء الديون التي كانت موجودة وقت الهبة، ما لم يتفق علىٰ غير ذلك».

ويتفق حكم المادة المقترحة مع الفقه الإسلامي علىٰ اعتبار أن العوض في الهبة، وهو وفاء الديون، معلوم علىٰ نحو كاف.

(3) الرجوع في الهبة:

مادة (471):

1- يجوز للواهب أن يرجع في الهبة إذا قبل الموهوب له ذلك.

2- فإذا لم يقبل الموهوب له؛ جاز للواهب أن يطلب من القضاء فسخ الهبة والرجوع فيها، متىٰ كان يستند في ذلك إلىٰ عذر مقبول، ولم يوجد مانع من الرجوع.

هذه المادة تطابق المادة (500) من التقنين الحالي، مع استبدال عبارة: «فسخ الهبة والرجوع فيها» بعبارة: «الترخيص له في الرجوع» وذلك للإيضاح، إذ إن الرجوع في الهبة بالتقاضي هو فسخ قضائي لها.

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة (620) من التقنين العراقي التي تنص

علىٰ أن: «للواهب أن يرجع في الهبة برضاء الموهوب له، فإن لم يرض كان للواهب حق الرجوع عند تحقيق سبب مقبول، ما لم يوجد مانع من الرجوع».

وتقابل المادة (576) من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي:

«1 - للواهب أن يرجع في الهبة قبل القبض دون رضا الموهوب له.

2- وله أن يرجع فيها بعد القبض بقبول الموهوب له، فإن لم يقبل جاز للواهب أن يطلب من القضاء فسخ الهبة والرجوع فيها، متىٰ كان يستند إلىٰ سبب مقبول، ما لم يوجد مانع من الرجوع».

وتقابل المادة (537) من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي:

«1 - لا يجوز للواهب الرجوع في هبته، إلا الأبوين فيما وهباه لولدهما.

2- ومع ذلك يجوز في غير هذه الحالة الرجوع في الهبة بترخيص من القضاء، إذا استند الواهب في ذلك إلىٰ عذر مقبول».

ولم تتفق مذاهب الفقه الإسلامي في جواز الرجوع في الهبة:

فالمالكية والشافعية والحنابلة لا يجيزون الرجوع في الهبة إلا في حالة واحدة، هي حالة هبة الوالد لولده، وهي ما تسمىٰ عند المالكية باعتصار الهبة. انظر في مذهب مالك: الحرشي (ج7/ ص113 - 115).

أما عند الحنفية، فالموهوب له يملك الموهوب ملكًا غير لازم، فيجوز للواهب الرجوع في هبته علىٰ ألا يتعارض مع حقه في الرجوع حق آخر، أي علىٰ ألا يوجد مانع من الرجوع يبطل حقه. انظر: السرخسي (ج12/ ص53 و54)، البدائع (ج6/ ص118) أحمد إبراهيم، التزام التبرعات في مجلة القانون والاقتصاد السنة (3) ص(52)، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط (ج5/ فقرة 125).

والمشروع يسير في نصوصه علىٰ المذهب الحنفي، كما فعل التقنين الحالي. انظر: م (864) من المجلة وم (515 و527/1) من قانون الأحوال الشخصية لقدري باشا، وم (362 و365 و366) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة.

وانظر: المذكرة الإيضاحية للنصوص المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين

الحالي م(683 و684) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص290 - 292).

مادة (472):

يعتبر على الأخص عذرًا مقبولًا للرجوع في الهبة:

(أ) أن يخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب، أو نحو زوجه، أو نحو أحد أقاربه، بحيث يكون هذا الإخلال جحودًا كبيرًا من جانبه.

(ب) أن يصبح الواهب عاجزًا عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية، أو أن يصبح غير قادر على الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة على الغير.

(ج) أن يرزق الواهب الذي ليس له ولد وقت الهبة ولدًا بعدها، ولو كان جنينًا وقت الهبة، متى كان الواهب يجهل ذلك، أو أن تظهر بعد الهبة حياة ولده الذي كان يظن وقت الهبة أنه ميت، على أن يظل الولد في الحالين حيًّا إلى وقت الرجوع.

(د) أن يخل الموهوب له بما اشترط عليه في العقد من التزامات دون عذر مقبول.

هذه المادة تقابل المادة (501) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«يعتبر بنوع خاص عذرًا مقبولًا للرجوع في الهبة:

(أ) أن يخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب، أو نحو أحد من أقاربه، بحيث يكون هذا الإخلال جحودًا كبيرًا.

(ب) أن يصبح الواهب عاجزًا عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية، أو أن يصبح غير قادر على الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة على الغير.

(ج) أن يرزق الواهب بعد الهبة ولدًا يظل حيًّا إلى وقت الرجوع، أو أن يكون للواهب ولد يظنه ميتًا وقت الهبة فإذا به حي.

وقد أدخلت على هذه المادة التعديلات الآتية:

1- أضيف الزوج، وهو يشمل الزوج والزوجة، إلى الأشخاص المذكورين في البند الأول، إذ إن رابطة الزوجية لا تقل عن الرابطة بأقرب قريب.

2- عدلت صياغة البند الثالث علىٰ نحو تتضح منه حقيقة الحكم المقصود من النص، فالمفروض في العذر ألا يكون للواهب ولد وقت الهبة، ذكر أو أنثىٰ، ثم يرزق بولد بعدها، ويتوفر العذر إذا كان الولد ما يزال جنينًا ويجهل الواهب ذلك، وفي جميع الأحوال يجب أن يظل الولد حيًّا إلىٰ وقت الرجوع.

3- أضيف إلىٰ المادة بند رابع يقضي بأن يعتبر عذرًا مقبولًا للرجوع في الهبة إخلال الموهوب له بالتزام يفرضه العقد عوضًا عن الهبة، ويعتبر طلب فسخ الهبة في هذه الحالة تطبيقًا للقواعد العامة.

والمادة المقترحة تقابل المادة (621) من التقنين العراقي:

فالبند الأول منها ينص علىٰ ما يأتي: «أن يخل الموهوب له إخلالًا خطيرًا بما يجب عليه نحو الواهب، بحيث يكون هذا الإخلال من جانبه جحودًا غليظًا».

والبندان الثاني والثالث منها يطابقان البندين الثاني والثالث من المادة (501) من التقنين المصري الحالي.

والبند الرابع منها يطابق البند الرابع من النص المقترح.

وتقابل المادة (577) من التقنين الأردني:

فالبند الأول منها يطابق البند الثاني من النص المقترح.

والبند الثاني منها يطابق البند الثالث من المادة (501) من التقنين المصري الحالي.

والبند الثالث منها ينص علىٰ ما يأتي: «إخلال الموهوب بالتزاماته المشروطة في العقد دون مبرر، أو إخلاله بما يجب عليه نحو الواهب أو أحد أقاربه، بحيث يكون هذا الإخلال جحودًا كبيرًا من جانبه».

وتقابل المادة (538) من التقنين الكويتي.

فالبند الأول منها ينص علىٰ ما يأتي: «أن يخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب إخلالًا يعتبر جحودًا كبيرًا من جانبه».

والبند الثاني منها يطابق البند الثاني من المادة المقترحة.

والبند الثالث منها ينص علىٰ ما يأتي: «أن يرزق الواهب بعد الهبة ولدًا يظل حيًّا إلىٰ وقت الرجوع».

والظاهر في المذهب الحنفي أن الواهب هو الذي يستقل بتقدير العذر في الرجوع في الهبة دون رقابة عليه، فيكفي في ذلك أن يرفع الواهب الأمر إلىٰ القضاء، إذا لم يتراض مع الموهوب له علىٰ الرجوع، حتىٰ يجيبه القضاء إلىٰ طلبه. انظر: المبسوط للسرخسي (ج12/ ص53 و54)، البدائع (ج6/ ص128) أحمد إبراهيم في التزام التبرعات، مجلة القانون والاقتصاد، السنة (3)، ص(52)، ولكن المشروع - كما فعل التقنين الحالي - قيد من هذا الإطلاق، فأوجب للرجوع في الهبة عذرًا مقبولًا، وجعل القضاء رقيبًا علىٰ الواهب في ذلك، فقد يجيبه إلىٰ طلبه، وقد يرفض هذا الطلب. والأعذار المذكورة في المادة المقترحة لم ترد علىٰ سبيل الحصر، وإنما خصت بالذكر؛ لأنها الأعذار الغالبة التي تبرر الرجوع في الهبة، فقد تقوم أعذار أخرىٰ غيرها.

واشترط عذر مقبول للرجوع في الهبة يتفق مع الغرض المقصود من الهبة، ويتسق مع القواعد العامة في الفقه الإسلامي، وقد رأينا أن المالكية والشافعية والحنابلة علىٰ خلاف الحنفية، لا يجيزون الرجوع في الهبة إلا في حالة واحدة هي حالة هبة الوالد لولده، وقد استرشد المشروع في تقييد حق الواهب في الرجوع برأيهم.

انظر: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م (685) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4 / ص290 - 292).

مادة (473): إذا قتل الموهوب له الواهب عمدًا بغير حق؛ كان لورثته طلب فسخ الهبة.

هذه المادة مستحدثة.

وحكمها استثناء من أن الهبة لا يجوز الرجوع فيها بعد موت الواهب.

ويبرره جحود الموهوب له، ومن ثم فإنه يتفق مع القواعد العامة، ذلك أنه إذا جاز الرجوع في الهبة لمجرد شروع الموهوب له في قتل الواهب، فأولىٰ أن يجوز الرجوع إذا تمت الجريمة، كما يصح القياس علىٰ الميراث، فالقاتل لا يرث المقتول؛ تطبيقًا للأصل الشرعي القائل: «من يستعجل شيئًا قبل أوانه عوقب بحرمانه». فقد يتعجل الموهوب له قتل الواهب حتىٰ يأمن الرجوع في الهبة لعذر من الأعذار.

وهي تطابق المادة (622) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (578) من التقنين الأردني.

وتطابق المادة (540) من التقنين الكويتي.

مادة (474):

يعتبر مانعًا من الرجوع في الهبة ما يأتي:

(أ) إذا زاد الشيء الموهوب زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته، فإذا زال المانع عاد حق الرجوع.

(ب) إذا مات أحد طرفي عقد الهبة، ومع ذلك لا يعتبر موت الواهب مانعًا من الرجوع في الحالتين المنصوص عليهما في البند (ج) من المادة (472).

(ج) إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفًا ناقلًا للملكية نهائيًا، فإذا اقتصر التصرف علىٰ بعض الموهوب؛ جاز للواهب أن يرجع في الباقي.

(د) إذا كانت الهبة من أحد الزوجين للآخر، ولو وقعت الفرقة بينهما بعد الهبة.

(هـ) إذا كانت الهبة لذي رحم محرم، وذلك ما لم تتحقق إحدىٰ الحالتين المنصوص عليهما في البند (ج) من المادة (472) أو كلاهما.

(و) إذا هلك الشيء الموهوب في يد الموهوب له، سواء كان الهلاك بسبب أجنبي أو بفعل الموهوب له أو باستعماله إياه، فإذا لم يهلك إلا بعض الشيء الموهوب؛ جاز الرجوع في الباقي، وكذلك إذا تغير الشيء الموهوب من حالة إلىٰ حالة حتىٰ تزول صورته الأولىٰ.

(ز) إذا قدم الموهوب له عوضًا عن الهبة.

(ح) إذا كانت الهبة صدقة أو عملًا من أعمال البر.

هذه المادة تقابل المادة (502) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«**يرفض طلب الرجوع في الهبة إذا وجد مانع من الموانع الآتية:**

(أ) إذا حصل للشيء الموهوب زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته، فإذا زال المانع عاد حق الرجوع.

(ب) إذا مات أحد طرفي عقد الهبة.

(ج) إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفًا نهائيًّا، فإذا اقتصر التصرف علىٰ بعض الموهوب؛ جاز للواهب أن يرجع في الباقي.

(د) إذا كانت الهبة من أحد الزوجين للآخر، ولو أراد الواهب الرجوع بعد انقضاء الزوجية.

(هـ) إذا كانت الهبة لذي رحم محرم.

(و) إذا هلك الشيء الموهوب في يد الموهوب له، سواء أكان الهلك بفعله أو بحادث أجنبي لا يد له فيه أو بسبب الاستعمال، فإذا لم يهلك إلا بعض الشيء؛ جاز الرجوع في الباقي.

(ر) إذا قدم الموهوب له عوضًا عن الهبة.

(ح) إذا كانت الهبة صدقة أو عملًا من أعمال البر».

وقد أدخلت على هذه المادة التعديلات الآتية:

1- عدل البند (أ) تعديلًا لفظيًّا.

2- أضيف إلىٰ البند (ب) استثناء من أن الهبة لا يجوز الرجوع فيها بعد موت الواهب، وذلك إذا رزق الواهب الذي ليس له ولد وقت الهبة ولدًا بعدها ولو كان جنينًا يجهل الواهب وجوده، أو ظهرت بعد الهبة حياة ولده الذي كان يظن وقت الهبة أنه ميت، وهما الحالتان المذكورتان في البند (ج) من المادة (472).

3- عدل البند «ج» تعديلًا لفظيًّا يتضح منه أن التصرف المقصود هو التصرف الناقل للملكية.

4- عدل البند «د» تعديلًا لفظيًّا.

5- أضيف إلىٰ البند «هـ» استثناء من أن الهبة لا يجوز الرجوع فيها إذا كانت لذي رحم محرم، وذلك في الحالتين المذكورتين في البند «ج» من المادة «472»، واللتين تم استثناؤهما كذلك في البند «ب» من أن الهبة لا يجوز الرجوع فيها بعد موت الواهب.

6- أضيف إلىٰ البند «و» حالة ما إذا تغير الشيء الموهوب من حالة إلىٰ حالة؛ لأنها تلتحق بهلاك الشيء الموهوب، كأن تصاغ قطعة من الذهب حلية، أو يعجن الدقيق خبزًا.

والمادة المقترحة تقابلها المادة (623) من التقنين العراقي، وهي تتفق في أحكامها مع المادة (502) من التقنين المصري الحالي، وتزيد مانعًا هو أن يهب الدائن الدين للمدين، فلا يستطيع الواهب أن يرجع في الهبة.

وتقابلها المادة (579) من التقنين الأردني، وهي تحصي الموانع ذاتها مع الاختلاف في مدىٰ البعض منها، وتزيد مانعًا هو أن يهب الدائن الدين للمدين، فلا يستطيع الواهب أن يرجع في الهبة.

وتقابلها المادة (539) من التقنين الكويتي.

والموانع المذكورة في المادة المقترحة مأخوذة جميعها من الفقه الإسلامي علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة، كما فعل التقنين الحالي، انظر في هذا: المواد (866 - 874) من المجلة، والمواد (515 - 523 و526 و529) من قانون الأحوال الشخصية لقدري باشا، والمواد (363 - 365) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة ومذكراتها الإيضاحية، والمذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م(686) والتعديلات التي أدخلت عليه في لجنة المراجعة، ولجنة مجلس الشيوخ في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص289 - 294)، وانظر: المبسوط للسرخسي (ج12/ ص53 و54)، البدائع (ج6/ ص128)، فتح القدير (ج7/ ص122) أحمد إبراهيم في التزام التبرعات، مجلة القانون والاقتصاد، السنة (3) ص (52 - 63).

مادة (475):

1- يترتب علىٰ الرجوع في الهبة بالتراضي أو بالتقاضي أن تعتبر الهبة كأن لم تكن، وذلك دون إخلال بما كسبه الغير حسن النية بعوض من حقوق.

2- ولا يرد الموهوب له الثمار إلا من وقت الاتفاق علىٰ الرجوع، أو من وقت رفع الدعوىٰ، وله أن يرجع بجميع ما أنفقه من مصروفات ضرورية، أما المصروفات النافعة فلا يجاوز في الرجوع بها القدر الذي زاد في قيمة الشيء الموهوب.

هذه المادة تطابق المادة (503) من التقنين الحالي، فيما عدا العبارة الأخيرة في الفقرة الأولىٰ التي جاء فيها: «وذلك دون إخلال بما كسبه الغير حسن النية بعوض من حقوق»، وقد وردت هذه العبارة في نص المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م(687)، ولكن النص النهائي للمادة سقطت منه العبارة التي كانت تتضمنها الفقرة الأولىٰ، دون أن يظهر من الأعمال التحضيرية كيف حذفت هذه العبارة، وهي علىٰ كل حال تطبيق للقواعد العامة.

والمادة المقترحة تقابل المادة (624) من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي:

«1- إذا رجع الواهب في هبته بالتراضي أو التقاضي، كان رجوعه إبطالًا لأثر العقد من حين الرجوع وإعادة لملكه.

2- ولا يرد الموهوب له الثمرات إلا من وقت الاتفاق علىٰ الرجوع، أو من وقت الدعوىٰ، وله أن يرجع بجميع ما أنفقه من المصروفات الاضطرارية، أما المصروفات النافعة فلا يجاوز في الرجوع بها القدر الذي زاد في قيمة الموهوب».

وتقابل المادة (580) من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي:

«1- يعتبر الرجوع عن الهبة رضاء أو قضاء إبطالًا لأثر العقد.

2- ولا يرد الموهوب له الثمار إلا من تاريخ الرجوع رضاء أو تاريخ الحكم، وله أن يسترد النفقات الضرورية، أما النفقات الأخرىٰ فلا يسترد منها إلا ما زاد في قيمة الموهوب».

وتقابل المادة (541) من التقنين الكويتي التي تنص علىٰ أنه: «يترتب علىٰ الرجوع إعادة الموهوب إلىٰ ملك الواهب من حين تمامه، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل».

انظر: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م(687) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4 / ص297).

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (266) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة علىٰ أنه «إذا تم الرجوع في عقد الهبة برضىٰ أو قضاء؛ كان فسخًا للعقد».

ونصت المادة (527) من قانون الأحوال الشخصية لقدري باشا علىٰ أنه: «لا يصح الرجوع في الهبة إلا بتراضي العاقدين، أو بحكم الحاكم، فإذا رجع الواهب بأحدهما؛ كان رجوعه إبطالًا لأثر العقد في المستقبل وإعادة لملكه...».

مادة (476):

1- إذا استولىٰ الواهب علىٰ الشيء الموهوب بغير التراضي أو التقاضي - كان مسئولًا قبل الموهوب له عن هلاك الشيء، سواء كان الهلاك بسبب أجنبي، أو بفعل الواهب، أو باستعماله إياه.

2- أما إذا صدر حكم بالرجوع في الهبة، وهلك الشيء في يد الموهوب له بعد إعذاره بالتسليم؛ فيكون الموهوب له مسئولًا عن هذا الهلاك، ولو كان الهلاك بسبب أجنبي.

هذه المادة تطابق المادة (504) من التقنين الحالي، مع تعديل لفظي في الفقرة الأولىٰ.

وتتفق في حكمها مع المادة (625) من التقنين العراقي التي تنص علىٰ أنه: «إذا أخذ الواهب الموهوب قبل الرضاء أو القضاء؛ كان غاصبًا، فلو هلك الموهوب أو استهلك؛ ضمن قيمته للموهوب له، أما إذا طلبه بعد القضاء، ومنعه الموهوب له بعد اعتباره بالتسليم، فهلك في يده؛ ضمنه».

وتتفق في حكمها مع المادة (581) من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي:

«1- إذا استعاد الواهب الشيء الموهوب بغير رضاء أو قضاء؛ كان مسئولًا عن هلاكه مهما كان سببه.

2- أما إذا صدر حكم بالرجوع في الهبة، وهلك الشيء في يد الموهوب له بعد إعذاره بالتسليم - فإن الموهوب له يكون مسئولًا عن الهلاك مهما كان سببه».

انظر: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م (688) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 4/ ص297).

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (527) من قانون الأحوال الشخصية لقدري باشا علىٰ ما يأتي: «... فلو أخذ الواهب العين الموهوبة قبل القضاء أو الرضاء، فهلكت أو

استهلكت؛ ضمن قيمتها للموهوب له، وإذا طلبها بعد القضاء، ومنعها الموهوب له، فهلكت في يده؛ ضمنها».

انظر كذلك: م (685) من المجلة.



الفصل الرابع
الشركة

الفرع الأول
الشركة بوجه عام

مادة (477): الشركة عقد يساهم بمقتضاه شخصان أو أكثر في مشروع مالي، بتقديم حصة من مال أو من عمل لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو من خسارة.

هذه المادة تقابل المادة (505) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ أن: «الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع مالي، بتقديم حصة من مال أو من عمل، لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو من خسارة».

وقد روعي في تعريف الشركة في المادة المقترحة إبراز محل العقد، وهو العملية القانونية المقصودة من العقد، وذلك علىٰ نسق ما يراعيه المشروع بالنسبة إلىٰ جميع العقود، والعملية القانونية المقصودة من الشركة هي المساهمة في مشروع مالي، واقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة، وهي العنصر الجوهري الذي يجب أن يظهر في تعريف الشركة، ولهذا تحاشىٰ المشروع أن يجعل من محل عقد الشركة بهذا المعنىٰ مجرد التزام يقع علىٰ عاتق الشريك كما فعل التقنين الحالي؛ لأن الالتزام أثر للعقد وليس محلًّا له.

وقد جاء تعريف الفقه الإسلامي للشركة منصبًّا علىٰ محل العقد.

فقد نصت المادة (1329) من المجلة علىٰ أن: «شركة العقد عبارة عن عقد شركة بين اثنين فأكثر علىٰ كون رأس المال والربح مشتركًا بينهم».

انظر في هذا المعنىٰ: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م (689) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص302 و303).

والمادة المقترحة تقابل المادة (626) من التقنين العراقي التي تطابق المادة

(505) من التقنين المصري الحالي.

وتقابل المادة (582) من التقنين الأردني التي تتفق مع المادة (505) من التقنين المصري الحالي.

مادة (478):

1- تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصًا اعتباريًّا، ولكن لا يحتج بهذه الشخصية علىٰ الغير إلا بعد استيفاء إجراءات النشر المنصوص عليها في المادة التالية.

2- ومع ذلك فللغير إذا لم تقم الشركة بإجراءات النشر المقررة - أن يتمسك بشخصيتها.

هذه المادة تقابل المادة (506) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصًا اعتباريًّا، ولكن لا يحتج بهذه الشخصية علىٰ الغير إلا بعد استيفاء إجراءات النشر التي يقررها القانون.

2- ومع ذلك للغير إذا لم تقم الشركة بإجراءات النشر المقررة أن يتمسك بشخصيتها».

وقد عدلت الفقرة الأولىٰ من هذه المادة، باستبدال عبارة: «إجراءات النشر المنصوص عليها في المادة التالية»، بعبارة: «إجراءات النشر التي يقررها القانون». إذ إن التقنين الحالي لم يرد فيه بيان لهذه الإجراءات فرئي استحداث المادة التالية لهذا الغرض.

انظر: النص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م(690)، ومذكرته الإيضاحية في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص304 - 307).

والسند الشرعي للمادة المقترحة أن الفقه الإسلامي يعتد بالشخصية الاعتبارية، ويرتب عليها أحكامًا في حالات عديدة كالوقف وبيت المال. كما أن المادة (1350) من المجلة يتضح منها ملكية الشركة لرأس المال، حيث تنص علىٰ ما يأتي: «الشريكان كل واحد منهما أمين الآخر، فمال الشركة في يد كل واحد منهما هو في حكم الوديعة، فإذا تلف مال الشركة في يد واحد منهما بلا تعد ولا تقصير؛ فلا يكون ضامنًا حصة

شريكه».

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة (627) من التقنين العراقي، التي تطابق نص المشروع التمهيدي للتقنين المصري الحالي م (690).

وتتفق في حكمها مع المادة (583) من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي:

«1- تعتبر الشركة شخصًا حكميًّا بمجرد تكوينها.

2- ولا يحتج بهذه الشخصية علىٰ الغير إلا بعد استيفاء إجراءات التسجيل والنشر التي يقررها القانون.

3- ولكن للغير أن يتمسك بهذه الشخصية رغم عدم استيفاء الإجراءات المشار إليها».

مادة (479):

1- علىٰ كاتب المحكمة الابتدائية التي يتبعها موطن الشركة - أن يسجل عقد الشركة بناء علىٰ طلب الشريك المنتدب للإدارة، أو غيره من الشركاء، وذلك في سجل خاص يرتب بحسب أسماء الشركات.

2- وعلىٰ كاتب المحكمة كذلك أن يرسل إلىٰ قلم كتاب محكمة القاهرة صورة من عقد الشركة؛ لإثباتها في سجل عام ينظم وفقًا لقرار يصدر من وزير العدل.

3- وإذا أدخلت تعديلات علىٰ عقد الشركة؛ وجب تسجيلها علىٰ الوجه المبين في الفقرتين السابقتين، فيؤشر بها في هامش التسجيل الأصلي.

هذه المادة مستحدثة.

والغرض منها سد النقص الموجود في التقنين الحالي فيما يتعلق بنشر الشركة المدنية، حتىٰ يمكن الاحتجاج بها علىٰ الغير باعتبارها شخصًا قانونيًّا.

والسند الشرعي لهذه المادة ما تقتضيه المصلحة من رسم الإجراءات اللازمة لاستقامة التعامل وحفظ الحقوق ورفع النزاع.

ويلاحظ أن قيام كاتب المحكمة بتسجيل عقد الشركة إنما يكون بناء علىٰ طلب الشريك المنتدب لإدارة الشركة أو أي شريك آخر، فقد لا يكون للشركة مدير منتدب، وقد يكون لها مدير منتدب، ولكنه لم يتقدم بطلب تسجيل عقد الشركة، وفي هذه الحالة

أو تلك يستطيع أي شريك أن يتقدم بطلب تسجيل عقد الشركة.

كما يلاحظ أن أي تعديل يطرأ علىٰ عقد الشركة لتعديل اسم الشركة أو مدتها أو مركزها أو هيئة الإدارة فيها - يجب استيفاء إجراءات النشر بالنسبة إليه، كما هو الشأن بالنسبة إلىٰ عقد الشركة، حيث يؤشر بهذه التعديلات في هامش تسجيل العقد.

وبدون استيفاء إجراءات النشر علىٰ الوجه المبين في المادة المقترحة لا يجوز الاحتجاج علىٰ الغير بعقد الشركة، وما أدخل عليه من تعديلات، ولهذا جزاء اقتصر فيه المشروع علىٰ القواعد العامة.

مادة (480): إذا تغير موطن الشركة؛ وجب أن يخطر بذلك كاتب المحكمة التي يتبعها الموطن السابق، وعلىٰ هذا الكاتب بمجرد علمه بتغيير الموطن - أن يرسل صورة من عقد الشركة، والتعديلات المؤشر بها في هامش التسجيل إلىٰ المحكمة التي يتبعها الموطن الجديد؛ لتقوم بقيدها في سجلاتها.

هذه المادة مستحدثة.

وحكمها تكملة طبيعية لحكم المادة السابقة، إذ إن تغيير موطن الشركة من قبيل التعديلات التي يمكن إدخالها علىٰ عقد الشركة، ومن ثم يجب أن تنفذ بالنسبة إليها إجراءات النشر اللازمة.

(1) أركان الشركة:

مادة (481):

1- يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبًا وإلا كان باطلًا، وكذلك يكون باطلًا كل ما يدخل علىٰ العقد من تعديلات دون أن يستوفىٰ الشكل الذي أفرغ فيه ذلك العقد.

2- غير أن هذا البطلان لا يجوز أن يحتج به الشركاء قبل الغير، ولا يكون له أثر فيما بين الشركاء أنفسهم، إلا من وقت أن يطلب الشريك الحكم بالبطلان.

هذه المادة تطابق المادة (507) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (628) من التقنين العراقي.

وتتفق في حكمها مع المادة (584) من التقنين الأردني.

وسندها الشرعي قوله سُبْحَانَهُ وَتَعَالَىٰ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: 282]. إذ إن الكتابة في التعامل من شأنها حماية الحقوق ورفع النزاع.

انظر: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م(691) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص308 - 310).

مادة (482): تعتبر حصص الشركاء متساوية القيمة، وأنها واردة علىٰ ملكية المال لا علىٰ مجرد الانتفاع به، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك.

هذه المادة تطابق المادة (508) من التقنين الحالي.

وتتفق في حكمها مع المادة (629) من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي:

«1- يجوز أن تكون الحصص التي يقدمها الشركاء متفاوتة القيمة أو مختلفة في طبيعتها، وأن تكون ملكية أموال أو مجرد الانتفاع بهذه الأموال.

2- وتعتبر الحصص عند الشك متساوية في القيمة، وأنها واردة علىٰ ملكية المال لا علىٰ مجرد الانتفاع به»، وهذه المادة تطابق المادة (692) الفقرة الأولىٰ من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي. انظر: المذكرة الإيضاحية لنص المشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص312 - 314).

وتتفق في حكمها مع ما جاء في المادة (585/ 2) والمادة (586/ 1) من التقنين الأردني.

فالمادة (585/ 2) من هذا التقنين تنص علىٰ أنه: «يجوز أن تكون حصص الشركاء متساوية أو متفاوتة، ولا يجوز أن يكون الدين في ذمة الغير أو حصة فيه رأس مال للشركة».

والمادة (586/ 1) تنص علىٰ أنه: «يجوز أن تكون حصة الشريك في الشركة حق ملكية أو حق منفعة أو أي عيني آخر...».

انظر في الفقه الإسلامي: المادتين (1399 و1411) من المجلة.

مادة (483): لا يجوز أن تقتصر حصة الشريك علىٰ ما يكون له من نفوذ، أو علىٰ

ما يتمتع به من ثقة مالية.

هذه المادة تطابق المادة (509) من التقنين الحالي.

وحكمها يتفق مع القواعد العامة.

انظر: المذكرة الإيضاحية لنص المادة (692) من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص313 و314) والسند الشرعي للمادة المقترحة أن حصة الشريك المشار إليها ليست مالًا ولا عملًا، الأمر الذي يتعارض مع مفهوم الشركة.

مادة (484): إذا تعهد الشريك بأن يقدم حصته في الشركة مبلغًا من النقود، ولم يقدم هذا المبلغ؛ جاز للشركة فوق مطالبته بالوفاء بالتزامه أن تطالبه بالتعويض عما لحقها من ضرر بسبب تأخره في هذا الوفاء.

هذه المادة تقابل المادة (510) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ أنه: «إذا تعهد الشريك بأن يقدم حصته في الشركة مبلغًا من النقود، ولم يقدم هذا المبلغ؛ لزمته فوائده من وقت استحقاقه من غير حاجة إلىٰ مطالبة قضائية أو إعذار، وذلك دون إخلال بما قد يستحق من تعويض تكميلي عند الاقتضاء».

وقد عدل هذا النص بحذف ما يتعلق فيه بالفوائد جريًا علىٰ خطة المشروع في تحريمها، ولكن إذا كانت حصة الشريك مبلغًا من النقود، ولم يقدمه في الوقت المقرر؛ فإنه يجوز للشركة فوق مطالبته بالوفاء بالتزامه - أن تطالبه بالتعويض عما يكون قد لحقها من ضرر بسبب تأخره في هذا الوفاء، وذلك تطبيقًا للقاعدة الواردة في المادة (236) من المشروع التي تنص علىٰ أنه: «إذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود، وتأخر المدين في الوفاء به؛ جاز للدائن أن يطالب بتعويض الضرر الذي لحقه بسبب هذا التأخير».

وقد نص التقنين الكويتي في المادة (306) منه علىٰ قاعدة تتفق في الجملة مع القاعدة التي أوردها المشروع في المادة (236) المذكورة، وقد سبق ذكر النص الكويتي تحت

المادة (236) من المشروع.

والمادة المقترحة تقابل المادة (630) من التقنين العراقي التي تتفق في حكمها مع المادة (510) من التقنين المصري الحالي.

والهدف من المادة المقترحة هو حماية الثقة التي يجب أن تسود التعامل، ولا تأبىٰ الشريعة الإسلامية التعويض عن الضرر الذي يلحق الدائن، وهو الشركة فيما نحن بصدده، في الحالة التي تتناولها هذه المادة.

مادة (485):

1- إذا كانت حصة الشريك حق ملكية أو حق منفعة أو أي حق عيني آخر - فإن أحكام البيع هي التي تسري في ضمان الحصة إذا هلكت، أو استحقت، أو ظهر فيها عيب أو نقص.

2- أما إذا كانت الحصة مجرد الانتفاع بالمال، فإن أحكام الإيجار هي التي تسري في كل ذلك.

هذه المادة تطابق المادة (511) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (631) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (586/ 1 و2) من التقنين الأردني.

انظر: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م(694) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص319 - 321)، وانظر في الفقه الإسلامي: م(1342) من المجلة.

مادة (486):

1- إذا تعهد الشريك بأن يقدم حصته في الشركة عملًا؛ وجب عليه أن يقوم بالخدمات التي تعهد بها، وأن يقدم حسابًا عما يكون قد كسبه من وقت قيام الشركة بمزاولته العمل الذي قدمه حصة له.

2- علىٰ أنه لا يكون ملزمًا بأن يقدم للشركة ما يكون قد حصل عليه من حق اختراع، إلا إذا وجد اتفاق يقضي بغير ذلك.

هذه المادة تطابق المادة (512) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (632) من التقنين العراقي.

وتقابل الفقرة الثالثة من المادة (586) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ أنه: «إذا كانت الحصة عملًا؛ وجب علىٰ الشريك أن يقوم بالخدمات التي تعهد بها في العقد».

انظر: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م (695) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص322 و323).

ويتفق حكم المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الإسلامي في هذا الصدد، انظر في هذا: م(1345 - 1347 - و1359 و1396) من المجلة.

والسند الشرعي للمادة المقترحة ما جاء في قوله سُبْحَانَهُ وَتَعَالَىٰ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: 1]، أو قوله عَلَيۡهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «**المسلمون عند شروطهم**»، إذ إن من شرط علىٰ نفسه عملًا في الشركة؛ وجب عليه أداؤه علىٰ الوجه المتفق عليه.

مادة (487): إذا كانت الحصة التي قدمها الشريك هي ديون له في ذمة الغير، فلا ينقضي التزامه للشركة إلا إذا استوفيت هذه الديون، ويكون الشريك فوق ذلك مسئولًا عن تعويض الضرر إذا لم توف الديون عند حلول أجلها.

هذه المادة تطابق المادة (513) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (633) من التقنين العراقي.

وتقابل ما تنص عليه المادة (585/ 2) من التقنين الأردني من أنه: «لا يجوز أن يكون الدين في ذمة الغير أو حصة فيه رأس مال الشركة».

انظر: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م(696) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص325).

والسند الشرعي للمادة المقترحة ما نصت عليه المادة (1409) من المجلة من أنه: «إذا قال رب المال في المضاربة للمضارب: اقبض الدين الذي لي في ذمة فلان، واستعمله علىٰ طريق المضاربة. وقبل؛ فتكون صحيحة».

مادة (488):

1 – إذا لم يبين عقد الشركة نصيب كل من الشركاء في الربح؛ كان نصيب كل منهم في ذلك بنسبة حصته في رأس المال.

2 – أما نصيب كل من الشركاء في الخسارة، فيتعين أن يكون بنسبة حصته في رأس المال، ويقع باطلًا كل اتفاق علىٰ خلاف ذلك.

3 – وإذا كانت حصة أحد الشركاء مقصورة علىٰ عمله؛ وجب أن يقدر نصيبه في الربح تبعًا لما تفيده الشركة من هذا العمل، أما نصيبه في الخسارة فهو عمله، وإذا قدم فرق عمله نقودًا أو أي شيء آخر؛ كان له نصيب عن العمل، وآخر عما قدمه فوقه.

هذه المادة تقابل المادة (514) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1 – إذا لم يبين عقد الشركة نصيب كل من الشركاء في الأرباح والخسائر؛ كان نصيب كل منهم في ذلك بنسبة حصته في رأس المال.

2 – فإذا اقتصر العقد علىٰ تعيين نصيب الشركاء في الربح؛ وجب اعتبار هذا النصيب في الخسارة أيضًا، وكذلك الحال إذا اقتصر العقد علىٰ تعيين النصيب في الخسارة.

3 – وإذا كانت حصة أحد الشركاء مقصورة علىٰ عمله؛ وجب أن يقدر نصيبه في الربح والخسارة تبعًا لما يفيده الشركة من هذا العمل، فإذا قدم فوق عمله نقودًا أو أي شيء آخر؛ كان له نصيب عن العمل وآخر عما قدمه فوقه».

وقد أدخلت على هذه المادة التعديلات الآتية:

1 – استبدلت الفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة بالفقرة الأولىٰ من نص التقنين الحالي، حيث إنه في حالة عدم الاتفاق علىٰ نصيب كل من الشركاء في الربح؛ يكون نصيب كل منهم في ذلك بنسبة حصته في رأس المال، ويجوز الاتفاق علىٰ غير ذلك، إذ إن هذا الجواز إنما يقتصر علىٰ التعديل في نسبة الربح علىٰ خلاف ما تقضي به القاعدة.

2 – أوجبت الفقرة الثانية من المادة المقترحة أن يكون نصيب كل من الشركاء في الخسارة بنسبة حصته في رأس المال، بحيث لا يجوز الاتفاق علىٰ خلاف ذلك.

3- عدلت الفقرة الثالثة من نص التقنين الحالي بما يفيد أنه في حالة ما إذا كانت حصة أحد الشركاء مقصورة علىٰ عمله؛ يكون نصيبه في الخسارة هو عمله.

والسند الشرعي لهذه التعديلات ما يأتي:

1- ففيما يتعلق بالفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة، نصت المادة (1371) من المجلة علىٰ أنه: «إذا تساوىٰ الشريكان في رأس المال، وشرطا من الربح حصة زائدة لأحدهما؛ فالشركة صحيحة»، كما نصت المادة (1372) من المجلة علىٰ أنه: «إذا شرط تقسيم الربح علىٰ التساوي بين الشريكين اللذين رأس مالهما متفاضل؛ فيكون شرط أخذ حصة الزيادة من الربح صحيحًا».

2- **وفيما يتعلق بالفقرة الثانية من المادة المقترحة نصت المادة (1369) من المجلة علىٰ أن**: الضرر والخسار الواقع بلا تعدٍّ ولا تقصير منقسم علىٰ كل حال علىٰ مقدار رأس المال، وإذا شرط علىٰ وجه آخر؛ فلا يعتبر».

3- وفيما يتعلق بالفقرة الثالثة من المادة المقترحة، نصت المادة (1428) من المجلة علىٰ ما يأتي:

«علىٰ كل حال يكون الضرر والخسار عائدًا إلىٰ رب المال، وإذا شرط كونه مشتركًا بينه وبين المضارب؛ فلا يعتبر ذلك الشرط».

والمادة المقترحة تقابل المادة (634) من التقنين العراقي التي تتفق في حكمها مع المادة (514) من التقنين المصري الحالي.

وتقابل المادة (587) من التقنين الأردني.

مادة (489): إذا اتفق علىٰ أن أحد الشركاء لا يساهم في أرباح الشركة أو في خسائرها؛ كان عقد الشركة باطلًا.

هذه المادة تقابل المادة (515) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- إذا اتفق علىٰ أن أحد الشركاء لا يساهم في أرباح الشركة أو في خسائرها؛ كان عقد الشركة باطلًا.

2- ويجوز الاتفاق علىٰ إعفاء الشريك الذي لم يقدم غير عمله من المساهمة في

الخسائر، بشرط ألا يكون قد تقرر له أجر علىٰ عمله».

وقد رئي حذف الفقرة الثانية من نص التقنين الحالي؛ اتساقًا مع ما تقرر في المادة السابقة من أنه: إذا كانت حصة أحد الشركاء مقصورة علىٰ عمله؛ كان نصيبه في الخسارة هو عمله.

والسند الشرعي للمادة المقترحة هو أن اشتراط عدم مساهمة أحد الشركاء في أرباح الشركة أو في خسائرها - شرط ينافي مقتضىٰ العقد.

وقد نصت المادة (1369) من المجلة علىٰ أن: «الضرر والخسار الواقع بلا تعد ولا تقصير منقسم علىٰ كل حال علىٰ مقدار رأس المال، وإذا شرط علىٰ وجه آخر؛ فلا يعتبر».

والمادة المقترحة تقابل المادة (590) من التقنين الأردني التي تطابق المادة (515) من التقنين الحالي.

وتقابل المادة (635) من التقنين العراقي.

(2) **إدارة الشركة:**

مادة (490):

1- للشريك المنتدب للإدارة بنص خاص في عقد الشركة - أن يقوم بالرغم من معارضة سائر الشركاء بأعمال الإدارة وبالتصرفات التي تدخل في غرض الشركة، متىٰ كانت أعماله وتصرفاته خالية من الغش، ولا يجوز عزل هذا الشريك من الإدارة دون مسوغ، ما دامت الشركة باقية.

2- وإذا كان انتداب الشريك للإدارة لاحقًا لعقد الشركة؛ جاز الرجوع فيه كما يجوز في التوكيل العادي.

3- أما المديرون من غير الشركاء، فهم دائمًا قابلون للعزل.

هذه المادة تطابق المادة (516) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (636) من التقنين العراقي.

والفقرة الأولىٰ منها تقابل المادة (592/ 1و3) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ ما

يأتي:

«1- إذا اتفق في عقد الشركة علىٰ إنابة أحد الشركاء في تمثيل الشركة وإدارة أعمالها - تثبت له وحده ولاية التصرف في كل ما تناولته الإنابة وما يتصل بها من توابع ضرورية.

3- ولا يجوز عزل من اتفق علىٰ إنابته في عقد الشركة، ولا تقييد تلك الإنابة دون مسوغ، ما دامت الشركة قائمة».

انظر: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م (699) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص 337 - 339). وانظر في الفقه الإسلامي: م (1382 و1416) من المجلة، فقد نصت المادة (1382) علىٰ أنه: «إذا فوض أحد الشريكين أمور الشركة إلىٰ رأي الآخر؛ فله أن يعمل كل شيء من توابع التجارة، لكن لا يجوز له إتلاف المال ولا التمليك بغير عوض»، إذ إن هذا التفويض إنما يكون في عقد الشركة.

مادة (491):

1- إذا تعدد الشركاء المنتدبون للإدارة دون أن يعين اختصاص كل منهم، ودون أن ينص علىٰ عدم جواز انفراد أي منهم بالإدارة؛ كان لكل منهم أن يقوم منفردًا بأي عمل من أعمال الإدارة، علىٰ أن يكون لكل من باقي الشركاء المنتدبين أن يعترض علىٰ العمل قبل تمامه، وعلىٰ أن يكون من حق أغلبية الشركاء المنتدبين رفض هذا الاعتراض، فإذا تساوىٰ الجانبان؛ كان الرفض من حق أغلبية الشركاء جميعًا.

2- أما إذا اتفق علىٰ أن تكون قرارات الشركاء المنتدبين بالإجماع أو بالأغلبية؛ فلا يجوز الخروج علىٰ ذلك، إلا أن يكون لأمر عاجل تترتب علىٰ تفويته خسارة جسيمة لا تستطيع الشركة تعويضها.

هذه المادة تطابق المادة (517) من التقنين الحالي.

وتتفق في حكمها مع المادة (637) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (592/ 2) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ أنه: «إذا كانت الإنابة لأكثر من شريك، ولم يؤذن لهم بالانفراد؛ كان عليهم أن يعملوا مجتمعين إلا فيما لا

يحتاج فيه إلىٰ تبادل الرأي، أو في أمر عاجل يترتب علىٰ تفويته ضرر للشركة».

انظر: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م (700) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص 341 - 343).

والسند الشرعي للمادة المقترحة هو أن من يندب لإدارة الشركة يكون بمثابة وكيل.

مادة (492): إذا وجب أن يصدر قرار بالأغلبية؛ تعين الأخذ بالأغلبية العددية، ما لم يتفق علىٰ غير ذلك.

هذه المادة تطابق المادة (518) من التقنين الحالي.

وتتفق في حكمها مع المادة (638) من التقنين العراقي التي تطابق نص المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م (701).

انظر: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م (701) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4 / ص344).

مادة (493): ليس للشركاء من غير المديرين حق الإدارة، ولكن يجوز لهم أن يطلعوا بأنفسهم علىٰ دفاتر الشركة ومستنداتها، وكل اتفاق يخالف ذلك فهو باطل.

هذه المادة تتفق في حكمها مع المادة (519) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ أن: «الشركاء غير المديرين ممنوعون من الإدارة، ولكن يجوز لهم أن يطلعوا بأنفسهم علىٰ دفاتر الشركة ومستنداتها، وكل اتفاق علىٰ غير ذلك باطل».

وقد أدخلت علىٰ هذه المادة تعديلات لفظية علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة.

وتتفق في حكمها مع المادة (639) من التقنين العراقي.

وتتفق في حكمها مع المادة (596) من التقنين الأردني.

انظر: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م (702) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 4/ ص346). وانظر في الفقه الإسلامي: م (1375) من المجلة.

مادة (494): إذا لم يوجد نص خاص علىٰ طريقة الإدارة؛ اعتبر كل شريك

مفوضًا من الآخرين في إدارة الشركة، وكان له أن يباشر أعمال الشركة دون الرجوع إلىٰ غيره من الشركاء، علىٰ أن يكون لهؤلاء أو لأي منهم حق الاعتراض علىٰ أي عمل قبل تمامه، ولأغلبية الشركاء الحق في رفض هذا الاعتراض.

هذه المادة تطابق المادة (520) من التقنين الحالي.

وتتفق في حكمها مع المادة (640) من التقنين العراقي التي تطابق نص المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م (703).

وتقابل المادة (593/ 2 و3) من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي:

«2- للمدير أن يتصرف في حدود أغراض الشركة التي نيطت به علىٰ أن يتقيد في ذلك بنصوص العقد، فإن لم تكن ففيما جرىٰ به العرف التجاري.

3- إذا خرج المدير عن نطاق اختصاصه؛ ضمن كل ضرر يلحق بالشركة من جراء تصرفه».

انظر: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي الحالي م (703) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 4/ ص348 - 350).

وانظر في الفقه الإسلامي: (م 1373و 1379 و1386 و1389) من المجلة.

(3) آثار الشركة:

مادة (495):

1- علىٰ الشريك أن يبذل من العناية في تدبير مصالح الشركة ما يبذله في تدبير مصالحه الخاصة، إلا إذا كان منتدبًا للإدارة بأجر، فلا يجوز أن ينزل في ذلك عن عناية الرجل العادي.

2- وعليه أن يمتنع عن أي نشاط يلحق الضرر بالشركة، أو يكون مخالفًا للغرض الذي أنشئت لتحقيقه.

هذه المادة تطابق المادة (521) من التقنين الحالي، مع تغيير وضع كل من الفقرتين، بحيث أصبحت الفقرة الأولىٰ في نص هذا التقنين هي الفقرة الثانية في المادة

المقترحة؛ لأن الحكم الذي تنص عليه هذه الفقرة الثانية يعتبر نتيجة لحكم الفقرة الأولىٰ، إذ إن واجب الشريك في أن يبذل من العناية في تدبير مصالح الشركة ما يبذله في تدبير مصالحه الخاصة - يترتب عليه أن يمتنع الشريك عن أي نشاط يلحق الضرر بالشركة، أو يكون مخالفًا للغرض الذي أنشئت من أجله.

والمادة المقترحة تطابق المادة (641) من التقنين العراقي، مع اختلاف وضع كل من الفقرتين.

وتتفق في حكمها مع المادة (597) من التقنين الأردني.

انظر: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م (704) في مجموعة الأعمال التحضيرية: (ج 4/ ص352).

وانظر في الفقه الإسلامي: م(1250) من المجلة البدائع (ج 3/ ص68)، (المغني ج5/ ص46).

مادة (496):

1- إذا أخذ الشريك أو احتجز مبلغًا من مال الشركة؛ وجب عليه تعويض الضرر الذي يلحق بها من جراء ذلك.

2- وإذا أمد الشريك الشركة من ماله، أو أنفق في مصلحتها مصروفات نافعة عن حسن نية وتبصر؛ وجب له علىٰ الشركة تعويض الضرر الذي يلحق به من جراء ذلك.

هذه المادة تقابل المادة (522) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- إذا أخذ الشريك أو احتجز مبلغًا من مال الشركة؛ لزمته فوائد هذا المبلغ من يوم أخذه أو احتجازه، بغير حاجة إلىٰ مطالبة قضائية أو إعذار، وذلك دون إخلال بما قد يستحق للشركة من تعويض تكميلي عند الاقتضاء.

2- وإذا أمد الشريك الشركة من ماله، أو أنفق في مصلحتها شيئًا من المصروفات النافعة عن حسن نية وتبصر؛ وجبت له علىٰ الشركة فوائد هذه المبالغ من يوم دفعها».

قد عدلت هذه المادة في فقرتيها بحذف العبارات التي تتحدث عن الفوائد،

واستعيض عنها في الفقرة الأولىٰ بما يفيد التزام الشريك بتعويض الضرر الذي يلحق الشركة من جراء أخذه مبلغًا من مال الشركة أو احتجازه، وفي الفقرة الثانية بما يفيد التزام الشركة بتعويض الضرر الذي يلحق الشريك من جراء مد الشركة من ماله، أو إنفاقه في مصلحتها مصروفات نافعة عن حسن نية وتبصر، وذلك في ضوء الخطة التي جرىٰ عليها المشروع في تحريمه للفوائد، وتطبيقًا للقاعدة الواردة في المادة (236) من المشروع التي تنص علىٰ أنه: «إذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود، وتأخر المدين في الوفاء به؛ جاز للدائن أن يطالب بتعويض الضرر الذي لحقه بسبب هذا التأخير»، وذلك أن الشريك إذا أخذ مبلغًا من مال الشركة أو احتجزه؛ وجب عليه أن يدفعه فورًا للشركة، فإذا تأخر في دفعه، التزم بتعويض الضرر الذي يلحق بالشركة بسبب هذا التأخير، وإذا مد الشركة من ماله، أو أنفق في مصلحتها مصروفات نافعة؛ وجب علىٰ الشركة أن تدفع له فورًا مقدار ما قدمه لها من مال، أو ما أنفقه لمصلحتها، فإذا تأخرت في دفعه؛ التزمت بتعويض الضرر الذي يلحق بالشريك بسبب هذا التأخير.

والمادة المقترحة تطابق المادة (642) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (598) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ أنه: «لا يجوز للشريك أن يحتجز لنفسه شيئًا من مال الشركة، فإن فعل كان ضامنًا كل ضرر يلحق بها من جراء هذا الاحتجاز».

انظر في الفقه الإسلامي: م (1355) من المجلة، وهي تتحدث عن حق الشركة في استرداد ما أخذه الشريك من مال الشركة، و م (1381) و(1419) من المجلة، وهما تتحدثان عن حق الشريك في استرداد ما أنفقه لمصلحة الشركة.

مادة (497): إذا لم تف أموال الشركة بديونها؛ كان الشركاء مسئولين عن هذه الديون في أموالهم الخاصة، كل منهم بنسبة نصيبه في خسائر الشركة، ويكون باطلًا كل اتفاق يعفي الشريك من المسئولية عن ديون الشركة.

هذه المادة تقابل المادة (523) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- إذا لم تف أموال الشركة بديونها؛ كان الشركاء مسئولين عن هذه الديون في

أموالهم الخاصة، كل منهم بنسبة نصيبه في خسائر الشركة، ما لم يوجد اتفاق علىٰ نسبة أخرىٰ، ويكون باطلًا كل اتفاق يعفي الشريك من المسئولية عن ديون الشركة.

2- وفي كل حال يكون لدائني الشركة حق مطالبة الشركاء، كل بقدر الحصة التي تخصصت له في أرباح الشركة».

وقد أدخل على هذه المادة التعديلان الآتيان:

1- **حذفت من الفقرة الأولىٰ عبارة:** «ما لم يوجد اتفاق علىٰ نسبة أخرىٰ»، وذلك اتساقًا مع ما تقدم تقريره من أن: الخسائر التي يتحملها أحد الشركاء يجب أن تكون بنسبة حصته في رأس المال.

2- حذفت الفقرة الثانية اتساقًا مع ما تقدم تقريره من أن الخسائر التي يتحملها أحد الشركاء يجب أن تكون بنسبة حصته في رأس المال.

والمادة المقترحة تقابل المادة (643) من التقنين العراقي التي تطابق المادة (523) من التقنين المصري الحالي.

وتقابل المادة (599) من التقنين الأردني.

والسند الشرعي للمادة المقترحة ما جاء في رد المحتار: «وكل دين لزم أحدهما كان مشتركًا» (ج3/ ص523)، وما جاء في الفتاوىٰ الهندية: «ما وجب علىٰ أحدهما فلصاحب الدين أن يؤاخذ كل واحد منهما؛ لأن كل واحد منهما كفيل عن الآخر».

مادة (498):

1- لا تضامن بين الشركاء فيما يلزم كلًّا منهم من ديون الشركة ما لم يتفق علىٰ خلاف ذلك.

2- غير أنه إذا أعسر أحد الشركاء؛ وزعت حصته في الدين علىٰ الباقين كل بقدر نصيبه في تحمل الخسارة.

هذه المادة تطابق المادة (524) من التقنين الحالي.

وتتفق في حكمها مع المادة (644) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (599/ 2) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ أنه: «إذا اشترط تكافل

الشركاء في عقد الشركة؛ فإنهم يتحملون الدين جميعًا بالتضامن».

انظر: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م (708) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 4/ ص360 و361)، وانظر في الفقه الإسلامي: م(1334 و1335و1356) من المجلة.

مادة (499): إذا كان لأحد الشركاء دائنون شخصيون؛ فليس لهم أثناء الشركة أن يتقاضوا حقوقهم مما يخص ذلك الشريك في رأس المال، وإنما لهم أن يتقاضوها مما يخصه في الأرباح، أما بعد تصفية الشركة فيكون لهم أن يتقاضوا حقوقهم من نصيب مدينهم في أموال الشركة بعد استنزال ديونها، ومع ذلك يجوز لهم قبل التصفية توقيع الحجز التحفظي علىٰ نصيب هذا المدين.

هذه المادة تطابق المادة (525) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (645) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (600) من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي:

«1- إذا كان أحد الشركاء مدينًا لآخر بدين شخصي؛ فليس لدائنه أن يستوفي حقه مما يخص ذلك الشريك في رأس المال قبل تصفية الشركة، ولكن يجوز له استيفاؤه مما يخص المدين من الربح.

2- أما إذا كان عقد الشركة يتضمن التكافل بين الشركاء؛ فلهذا الدائن استيفاء دينه من رأس مال الشركة بعد تصفيتها».

انظر: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م(709). في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص363).

والسند الشرعي لهذه المادة هو ما تقرر من أن الشركة شخصية اعتبارية، وأن هذه الشخصية تنتهي في الوقت الذي تتم فيه التصفية.

(4) انقضاء الشركة:

مادة (500): 1- تنتهي الشركة بانقضاء الميعاد المعين لها، أو بانتهاء العمل الذي قامت من

أجله.

2- فإذا مد أجل الشركة بعد انقضاء الميعاد المعين لها، أو بعد انتهاء العمل الذي قامت من أجله؛ كانت هناك شركة جديدة.

أما إذا حصل المد قبل انقضاء الميعاد، أو قبل الانتهاء من العمل؛ كان ذلك استمرارًا للشركة.

3- وإذا انقضىٰ الميعاد المعين أو انتهىٰ العمل، ثم استمر الشركاء يقومون بعمل من نوع الأعمال التي تألفت لها الشركة - تجدد العقد سنة فسنة بالشروط ذاتها.

4- ويجوز لدائن أحد الشركاء أن يعترض علىٰ هذا الامتداد أو التجديد، ويترتب علىٰ اعتراضه وقف أثره في حقه.

هذه المادة تقابل المادة (526) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- تنتهي الشركة بانقضاء الميعاد المعين لها، أو بانتهاء العمل الذي قامت من أجله.

2- فإذا انقضت المدة المعينة أو انتهىٰ العمل، ثم استمر الشركاء يقومون بعمل من نوع الأعمال التي تألفت لها الشركة؛ امتد العقد سنة فسنة بالشروط ذاتها.

3- ويجوز لدائن أحد الشركاء أن يعترض علىٰ هذا الامتداد، ويترتب علىٰ اعتراضه وقف أثره في حقه».

وقد أدخلت على هذه المادة التعديلات الآتية:

1- أضيفت فقرة جديدة، هي الفقرة الثانية في المادة المقترحة؛ لإظهار الفارق بين امتداد الشركة وتجديدها، وقد كانت الفقرة الأولىٰ من المادة (711) من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي تجري بهذا المعنىٰ، فتقول: «إذا مد أجل الشركة بعد انقضاء المدة المحددة لها؛ كانت هناك شركة جديدة، أما إذا حصل المد قبل انقضاء المدة المحددة؛ كان ذلك استمرارًا للشركة الأولىٰ». إذ إن مد أجل الشركة بعد انقضاء الميعاد المعين لها، أو بعد انتهاء العمل الذي قامت من أجله - يكون تجديدًا صريحًا للشركة، أما إذا حصل المد قبل انقضاء الميعاد، أو قبل الانتهاء من العمل؛ فإن هذا يكون امتدادًا

للشركة.

2- جرىٰ إصلاح الخطأ الموجود في الفقرة الثانية من نص التقنين الحالي، وذلك باستبدال عبارة: «تجدد العقد» بعبارة: «امتد العقد»؛ لأن استمرار الشركاء في القيام بعمل من نوع الأعمال التي تألفت لها الشركة بعد انقضاء الميعاد المعين أو انتهاء العمل - يعتبر تجديدًا ضمنيًّا للعقد.

3- **أضيفت إلىٰ الفقرة الأخيرة عبارة:** «أو التجديد»، إذ إن اعتراض أحد الشركاء يصح أن يشمل الامتداد أو التجديد.

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة (646/ أ وب) والمادة (647) من التقنين العراقي.

وتتفق في حكمها مع المادة (601/ 1) والمادة (602) من التقنين الأردني. انظر: المذكرة الإيضاحية للنصوص المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 710/ أ و ب و م 711) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص365 - 371).

وانظر في الفقه الإسلامي: م (1407 و1423) من المجلة.

مادة (501):

1- تنتهي الشركة بهلاك جميع مالها أو جزء كبير منه بحيث لا تبقىٰ فائدة في استمرارها.

2- وإذا كان أحد الشركاء قد تعهد بأن يقدم حصته شيئًا معينًا بالذات؛ وهلك هذا الشيء قبل تقديمه - أصبحت الشركة منحلة في حق جميع الشركاء.

هذه المادة تطابق المادة (527) من التقنين الحالي.

وتتفق في حكمها مع المادة (646/ ج) من التقنين العراقي.

وتتفق في حكمها مع المادة (601/ 2) من التقنين الأردني.

انظر: المذكرة الإيضاحية للنصوص المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 710/ ج وم 712) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص366 - 369) وص (373 و374).

وانظر في الفقه الإسلامي: م (1427) من المجلة.

مادة (502):

1- تنتهي الشركة بموت أحد الشركاء أو بالحجر عليه أو بإفلاسه.

2- ومع ذلك يجوز الاتفاق علىٰ أنه إذا مات أحد الشركاء تستمر الشركة مع ورثته، ولو كانوا قصرًا.

3- ويجوز كذلك الاتفاق علىٰ أنه إذا مات أحد الشركاء أو حجر عليه أو أفلس أو انسحب وفقًا لأحكام المادة التالية.

تستمر الشركة فيما بين الباقين من الشركاء، وفي هذه الحالة لا يكون لهذا الشريك أو ورثته إلا نصيبه في أموال الشركة، ويقدر هذا النصيب بحسب قيمته يوم وقوع الحادث الذي أدىٰ إلىٰ خروجه من الشركة، ويدفع له نقدًا، ولا يكون له نصيب فيما يستجد بعد ذلك من حقوق، إلا بقدر ما تكون تلك الحقوق ناتجة عن عمليات سابقة علىٰ ذلك الحادث.

هذه المادة تطابق المادة (528) من التقنين الحالي، مع حذف عبارة: «أو بإعساره» من الفقرة الأولىٰ، وحذف عبارة: «أو أعسر» من الفقرة الثانية؛ نظرًا إلىٰ أن المشروع لم يورد تنظيمًا للإعسار علىٰ خلاف التقنين الحالي، للاعتبارات التي تقدم ذكرها (راجع النظرة العامة فيما يتعلق بالوسائل التي تكفل حقوق الدائنين).

وتطابق المادة (646/ د) والمادة (648) من التقنين العراقي.

وتتفق في حكمها مع المادة (603) من التقنين الأردني.

انظر: المذكرة الإيضاحية للنصوص المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 710/ د وم 713) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص266 - 270 و277 و278).

وانظر في الفقه الإسلامي: م (1352) من المجلة.

مادة (503):

1- تنتهي الشركة بانسحاب أحد الشركاء إذا كانت مدتها غير معينة، علىٰ أن يعلن

الشريك إرادته في الانسحاب إلىٰ سائر الشركاء قبل حصوله، وإلا يكون انسحابه عن غش أو في وقت غير لائق.

2- وتنتهي كذلك بإجماع الشركاء علىٰ حلها.

هذه المادة تطابق المادة (529) من التقنين الحالي، مع استبدال كلمة: «كذلك» في الفقرة الثانية بكلمة: «أيضًا».

وتقابل المادة (646/ هـ، و)من التقنين العراقي التي تنص علىٰ أن «تنتهي الشركة بأحد الأمور الآتية:

(هـ) بانسحاب أحد الشركاء من الشركة إذا كانت مدة الشركة غير محددة، علىٰ أن يعلن الشريك إرادته في الانسحاب لسائر الشركاء قبل حصوله بثلاثة أشهر، وعلىٰ ألا يكون انسحابه عن غش أو في وقت غير مناسب.

(و) بإجماع الشركاء علىٰ حلها».

انظر: المذكرة الإيضاحية للنصوص المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 710/ هـ، و) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص366 - 370).

وانظر في الفقه الإسلامي: م (1353 و1424) من المجلة.

مادة (504):

1- يجوز للمحكمة أن تقضي بحل الشركة بناءً علىٰ طلب أحد الشركاء؛ لعدم وفاء شريك بما تعهد به، أو لأي سبب آخر لا يرجع إلىٰ الشركاء. ويقدر القاضي ما ينطوي عليه هذا السبب من خطورة تسوغ الحل.

2- ويكون باطلًا كل اتفاق يقضي بغير ذلك.

هذه المادة تطابق المادة (530) من التقنين الحالي.

وتتفق في حكمها مع المادة (649) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (604) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ أنه: «يجوز للمحكمة أن تقضي بحل الشركة بناءً علىٰ طلب أحد الشركاء؛ لعدم وفاء شريك بما تعهد به أو ألحق

بالشركة ضررًا جوهريًا من جراء تولي شئونها».

انظر: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م(714) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4 ص385 و386).

وانظر في الفقه الإسلامي: م(1353) من المجلة.

مادة (505):

1- يجوز لكل شريك أن يطلب من القضاء الحكم بفصل أي من الشركاء يكون وجوده في الشركة قد أثار اعتراضًا علىٰ مد أجلها، أو تكون تصرفاته مما يمكن اعتباره سببًا مسوغًا لحل الشركة، علىٰ أن تظل الشركة قائمة فيما بين الباقين.

2- ويجوز كذلك لأي شريك، إذا كانت الشركة معينة المدة، أن يطلب من القضاء إخراجه من الشركة متىٰ استند في ذلك إلىٰ أسباب معقولة وفي هذه الحالة تنحل الشركة ما لم يتفق باقي الشركاء علىٰ استمرارها.

هذه المادة تطابق المادة (531) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (605) من التقنين الأردني.

وتطابق فقرتها الأولىٰ المادة (650) من التقنين العراقي.

انظر: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م(715) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4 ص388).

والسند الشرعي للنص المقترح ما تنص عليه المادة (19) من المجلة: «**لا ضرر ولا ضرر**». وما تنص عليه المادة 20 من المجلة: «الضرر يزال».

(5) **تصفية الشركة وقسمتها**:

مادة (506): تتم تصفية أموال الشركة وقسمتها بالطريقة المبينة في العقد. وعند خلوه من حكم خاص تتبع الأحكام الآتية.

هذه المادة تطابق المادة (532) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (651) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (606) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ أن «تتم تصفية أموال الشركة وقسمتها بالطريقة التي ارتضاها الشركاء، فإذا لم يتفقوا جاز لأي من أصحاب المصلحة أن يطلب من المحكمة تعيين مصفٍّ أو أكثر لإجراء التصفية والقسمة».

انظر: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م(716) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4 ص390 و391).

وانظر في الفقه الإسلامي: م(1114 و1120) من المجلة.

مادة (507): تنتهي عند حل الشركة سلطة المديرين، أما شخصية الشركة فتبقىٰ بالقدر اللازم للتصفية وإلىٰ أن تنتهي هذه التصفية.

هذه المادة تطابق المادة (533) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (652) من التقنين العراقي.

وتتفق في حكم الشطر الأخير منها مع المادة (607/ 1) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ أن: «تبقىٰ للشركة شخصيتها الحكمية بالقدر اللازم للتصفية».

انظر: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م (717) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص392 و393).

والسند الشرعي للنص المقترح أن مدير الشركة بمثابة وكيل، فإذا مات الموكل انتهت الوكالة.

مادة (508):

1- يقوم بالتصفية عند الاقتضاء، إما جميع الشركاء، وإما مصف واحد أو أكثر تعينهم أغلبية الشركاء.

2- وإذا لم يتفق الشركاء علىٰ تعيين المصفي؛ تولىٰ القاضي تعيينه بناءً علىٰ طلب

أحدهم.

3- وفي الحالات التي تكون فيها الشركة باطلة، تعين المحكمة المصفي، وتحدد طريقة التصفية، بناء علىٰ طلب كل ذي شأن.

4- وحتىٰ يتم تعيين المصفي يعتبر المديرون بالنسبة إلىٰ الغير في حكم المصفين.

هذه المادة تطابق المادة (534) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (653) من التقنين العراقي.

وتتفق في حكم الفقرة الأخيرة منها مع المادة (607/ 2) من التقنين الأردني.

انظر: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م (718) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص395 - 397).

وانظر في الفقه الإسلامي: م (1114 و1120 — 1122) من المجلة.

مادة (509):

1- ليس للمصفي أن يبدأ أعمالًا جديدة للشركة، إلا أن تكون لازمة لإتمام أعمال سابقة.

2- ويجوز له أن يبيع مال الشركة منقولًا أو عقارًا، أما بالمزاد وإما بالممارسة، ما لم ينص في أمر تعيينه علىٰ تقييد هذه السلطة.

هذه المادة تطابق المادة (535) من التقنين الحالي.

وتتفق في حكمها مع المادة (654) من التقنين العراقي، فيما عدا أن بيع مال الشركة لا يكون إلا بالقدر اللازم لوفاء الديون في هذا التقنين.

انظر: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م (719) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص398 - 401).

مادة (510):

1- تقسم أموال الشركة بين الشركاء جميعًا، وذلك بعد استيفاء الدائنين لحقوقهم، وبعد استنزال المبالغ اللازمة لوفاء الديون التي لم تحل، أو الديون

المتنازع فيها،
وبعد رد المصروفات أو القروض التي يكون أحد الشركاء قد باشرها في مصلحة الشركة.

2- ويختص كل واحد من الشركاء بمبلغ يعادل قيمة الحصة التي قدمها في رأس المال كما هي مبينة في العقد، أو يعادل قيمة هذه الحصة وقت تسليمها إذا لم تبين قيمتها في العقد، ما لم يكن الشريك قد اقتصر علىٰ تقديم عمله أو اقتصر فيما قدمه من شيء علىٰ حق المنفعة فيه، أو علىٰ مجرد الانتفاع به.

3- وإذا بقي شيء بعد ذلك؛ وجبت قسمته بين الشركاء بنسبة نصيب كل منهم في الأرباح.

4- أما إذا لم يكف صافي مال الشركة للوفاء بحصص الشركاء؛ فإن الخسارة توزع عليهم جميعًا بنسبة حصة كل منهم في رأس المال.

هذه المادة تطابق المادة (536) من التقنين الحالي، مع استبدال عبارة: «بنسبة حصة كل منهم في رأس المال» في نهاية الفقرة الأخيرة بعبارة: «بحسب النسبة المتفق عليها في توزيع الخسائر». وذلك اتساقًا مع ما تقدم تقريره من أن توزيع الخسائر علىٰ الشركاء يجب أن يكون بنسبة حصة كل منهم في رأس المال.

وتقابل المادة (655) من التقنين العراقي التي تطابق المادة (536) من التقنين المصري الحالي.

وتقابل المادتين (608، 610) من التقنين الأردني اللتين تتفقان في الحكم مع المادة (536) من التقنين المصري الحالي.

انظر في الفقه الإسلامي: م (1354) من المجلة.

مادة (511): تتبع في قسمة أموال الشركة القواعد المتعلقة بقسمة المال الشائع.

هذه المادة تطابق المادة (537) من التقنين الحالي، مع استبدال عبارة: «قسمة أموال الشركة» بعبارة: «قسمة الشركات».

وتطابق المادة (656) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (609) من التقنين الأردني، فيما عدا العبارة المستبدلة في نص

التقنين المصري الحالي.

انظر: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي مادة (721) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص406).

الفرع الثاني
بعض أنواع الشركات

نظرة عامة:

نظم المشروع ثلاثة أنواع خاصة من الشركات استمدها من الفقه الإسلامي، وهي شركة المضاربة وشركة الأعمال وشركة الوجوه، وذلك لتخليص التعامل مما يشوبه من أوضاع غير شرعية، ولمواجهة الواقع العملي في مجتمعنا.

وأولىٰ هذه الشركات وأهمها هي شركة المضاربة التي يساهم فيها رب المال بتقديم رأس المال، ويساهم فيها المضارب بالعمل، فهي البديل الشرعي لنظام القرض بفائدة حينما يحتاج صاحب مشروع معين إلىٰ مال لإقامة هذا المشروع والسير فيه، إذ إن ما يجري حاليًا هو أن يلجأ صاحب المشروع إلىٰ مصرف أو هيئة أخرىٰ أو أحد الأفراد، فيحصل منه علىٰ قرض بمبلغ من المال بفائدة يتفق عليها، وهو ما يعني التعامل بالربا، والبديل الشرعي لهذا الضرب من التعامل أن تقوم شركة يساهم فيها رب المال، وهو المصرف أو الهيئة أو أحد الأفراد برأس المال، ويساهم فيها المضارب وهو صاحب المشروع بعمله، علىٰ أن يقتسم الطرفان الربح بنسبة يتفق عليها، وقد انتشرت الآن المصارف الإسلامية بدرجة ملحوظة، واتخذت من شركة المضاربة نظامًا شرعيًّا، سواء في علاقتها بأصحاب الودائع، أو في علاقتها بأصحاب المشروعات.

أما شركة الأعمال فيساهم فيها كل شريك بعمله، حيث يقوم الشركاء بعمل معين لصالح الغير في مقابل أجر معين يقسم بينهم بنسبة يتفق عليها، وهذا النوع من الشركات يواجه واقعًا عمليًّا، كأن تقوم شركة بين عدد من المهنيين، كالأطباء والمهندسين والمحامين والمقاولين، أو تقوم شركة بين عدد من الحرفيين، كأصحاب الصنائع.

أما شركة الوجوه فتقوم علىٰ شراء مال نسيئة ثم بيعه، واقتسام ما ينشأ عن ذلك من ربح.

شركة المضاربة:

مادة (512): المضاربة شركة يساهم فيها رب المال برأس المال، ويساهم المضارب بالعمل.

هذه المادة مستحدثة كبقية النصوص في شركة المضاربة.

ففي شركة المضاربة يقدم أحد الطرفين المال، ويقدم الطرف الآخر العمل، ويقتسمان الربح بنسبة يتفق عليها.

ونصوص المضاربة جميعها مستمدة من الفقه الإسلامي علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة كما سبق القول.

فقد نصت المادة (1404) من المجلة علىٰ أن: «المضاربة نوع شركة علىٰ أن رأس المال من طرف، والسعي والعمل من الطرف الآخر، ويقال لصاحب رأس المال: رب المال. وللعامل: مضارب».

ونصت المادة (439) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة علىٰ أن: «المضاربة عقد شركة في الربح بمال من جانب وعمل من جانب».

وقد جاء في مذكرتها الإيضاحية أن المضاربة لغة: من الضرب في الأرض بمعنىٰ السير فيها، فقد قال سُبْحَانَهُ وَتَعَالَىٰ: ﴿وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِى ٱلْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ ۙ﴾ [المزمل:20].

واصطلاحًا: دفع المال إلىٰ من يتصرف به ليكون الربح بينهما علىٰ ما شرطا.

انظر: ابن عابدين (ج4/ ص504)، فتح القدير (ج7/ ص58).

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة (660) من التقنين العراقي.

وتتفق في حكمها مع المادة (621) من التقنين الأردني.

مادة (513): يجب أن تتوافر لدىٰ كل من رب المال والمضارب أهلية التصرف.

هذه المادة مستحدثة.

وفي الفقه الإسلامي علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة نصت المادة (1408) من المجلة

علىٰ أنه: «تشترط أهلية رب المال للتوكيل والمضارب للوكالة».

ويؤخذ من هذا النص أن رب المال يجب أن تتوافر لديه أهلية التصرف، وهو ما يتفق مع النص المقترح بالنسبة إلىٰ رب المال، أما أهلية الوكالة بالنسبة إلىٰ المضارب، فقد رئي أنها لا تكفي، فقد تكون دون أهلية التصرف، مع أن أعمال الاستثمار التي يباشرها المضارب غالبًا ما تكون من أعمال التصرف، ولذلك سوىٰ النص المقترح بين رب المال والمضارب في اشتراط أهلية التصرف لدىٰ كل منهما.

والمادة المقترحة تقابل المادة (661/ 1) من التقنين العراقي، وهي تتفق في حكمها مع المادة (1408) من المجلة.

وتقابل المادة (622/ 1) من التقنين الأردني، وهي تتفق في حكمها مع المادة (1408) من المجلة.

مادة (514): يشترط أن يكون رأس المال مبلغًا من النقود، وأن يكون معلومًا للطرفين، وأن يسلم إلىٰ المضارب.

هذه المادة مستحدثة.

وهي تعدد الشروط التي يجب توافرها في رأس مال المضاربة وفقًا لما يقرره الفقه الإسلامي.

فيشترط أن يكون رأس المال في المضاربة مبلغًا من النقود، فلا يجوز أن يكون عقارًا، أو من العروض، أو دينًا في الذمة، لكن إذا أعطىٰ رب المال للمضارب عقارًا أو عروضًا، وعهد إليه ببيعها والمضاربة بثمنها، فقبل المضارب وقبض المال، وباعه واتخذ من ثمنه النقدي رأس مال؛ فتكون المضاربة صحيحة، كذلك إذا عهد رب المال إلىٰ المضارب أن يقبض الدين الذي له في ذمة شخص معين محددًا مقداره؛ لكي يستخدمه بطريق المضاربة وقبل؛ فتكون المضاربة صحيحة، وهذا ما نصت عليه المادة (1409) من المجلة.

ويشترط أن يكون رأس المال معلومًا للطرفين، وهذا ما نصت عليه المادة (1411) من المجلة، والمادة (441/ 2) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام

أبي حنيفة، إذ إن رأس المال عنصر جوهري في المضاربة، فيجب أن يكون مقداره معلومًا للطرفين.

ويشترط أن يسلم رأس المال إلىٰ المضارب، وهذا ما نصت عليه المادة (1410) من المجلة، وما جاء في المذكرة الإيضاحية للمادة (441) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة، حتىٰ يستطيع المضارب أن يتصرف فيه علىٰ النحو المقصود في المضاربة.

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة (661/ ب) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (622/ 2 و3) من التقنين الأردني.

مادة (515): يصح أن تكون المضاربة مطلقة، أو تكون مقيدة بزمان أو مكان أو نوع من الأعمال، أو غير ذلك من الشروط.

هذه المادة مستحدثة.

وهي مستمدة من الفقه الإسلامي.

فقد تكون المضاربة مطلقة، بحيث لا يتقيد المضارب في ممارسة نشاطه بزمان أو مكان أو نوع معين من أعمال الاستثمار، أو غير ذلك من الشروط. وقد تكون مقيدة بشرط من هذا القبيل، وهذا ما نصت عليه المادتان (1406 و1407) من المجلة.

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة (663) من التقنين العراقي.

وتتفق في حكمها مع المادة (624) من التقنين الأردني.

مادة (516): إذا كانت المضاربة مطلقة؛ كان للمضارب أن يقوم بجميع التصرفات والأعمال التي تقتضيها طبيعة الاستثمار وفقًا للعرف السائد في هذا الشأن.

هذه المادة مستحدثة.

وهي مستمدة من الفقه الإسلامي.

فإذا كانت المضاربة مطلقة؛ كان المضارب مأذونًا في القيام بجميع ما تقتضيه

المضاربة وما يتفرع عنها؛ فيجوز له البيع والشراء من أجل الربح، والتوكيل بالبيع والشراء، وإيداع مال المضاربة، والرهن والارتهان، والإيجار والاستئجار، وله البيع بالنقد أو بالنسيئة للأجل المتعارف بين التجار، وله أن يقبل الحوالة بثمن المال الذي باعه، وليس له أن يشتري المال بالغبن الفاحش، فإن فعل ذلك عد مشتريًا لحسابه، فلا يدخل المال في حساب المضاربة، وهذا ما نصت عليه المادة (1414) من المجلة، والمواد (443 - 445) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة. انظر: المذكرة الإيضاحية لهذه المواد، وانظر: ابن عابدين (ج4/ ص506 و507).

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة (664) من التقنين العراقي.

وتتفق في حكمها مع المادة (625/ 1) من التقنين الأردني.

مادة (517): إذا كانت المضاربة مقيدة؛ وجب علىٰ المضارب أن يراعي الشرط المتفق عليه، فإن خالفه كان ضامنًا ما يصيب مال المضاربة من هلاك أو تلف، وما يلحق رب المال بسبب هذه المخالفة من ضرر.

هذه المادة مستحدثة.

وهي مستمدة من الفقه الإسلامي.

فإذا كانت المضاربة مقيدة بزمان، أو مكان، أو نوع معين من أعمال الاستثمار، أو غير ذلك من الشروط؛ التزم المضارب بمراعاة ما اتفق عليه من قيود، فإذا خالف المضارب الشرط؛ كان ضامنًا لما يترتب علىٰ هذه المخالفة من ضرر، فإذا وقت رب المال المضاربة بزمان معين؛ انتهت المضاربة بمضي هذا الزمان، وإذا نهىٰ رب المال المضارب عن الذهاب بمال المضاربة إلىٰ مكان معين، أو عن البيع بالنسيئة، فذهب إلىٰ هذا المكان أو باع بالنسيئة؛ كان ضامنًا لما يترتب علىٰ هذه المخالفة من ضرر، وهذا ما نصت عليه المواد (1420 - 1423) من المجلة.

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة (666) من التقنين العراقي.

وتتفق في حكمها مع المادة (625/ 2) من التقنين الأردني.

مادة (518):

1- لا يجوز للمضارب أن يخلط مال المضاربة بماله، ولا أن يعطيه للغير مضاربة، إلا إذا جرىٰ العرف بذلك، أو فوضت إليه أمور المضاربة بحسب ما يراه.

2- ولا يجوز له في أي حال أن يهب مال المضاربة أو يقرضه، ولا أن يقترض إلىٰ حد يصبح معه الدين أكثر من رأس المال، إلا بإذن صريح من رب المال.

هذه المادة مستحدثة.

وهي مستمدة من الفقه الإسلامي.

فالمضارب ولو كانت المضاربة مطلقة، لا يجوز له أن يخلط مال المضاربة بماله لكي يستثمره معه، ولا أن يعطيه للغير مضاربة، غير أنه يستثنىٰ من ذلك أن يكون العرف قد جرىٰ علىٰ جواز خلط مال المضاربة بمال المضارب، أو إعطاء مال المضاربة للغير لاستثماره بطريق المضاربة، كما يستثنىٰ من ذلك أن يكون رب المال قد فوض المضارب في أن يتصرف في أمور المضاربة بحسب رأيه، حيث يجوز للمضارب في هذه الحالة أيضًا أن يخلط مال المضاربة بماله، ففي هذين الاستثناءين يعتبر المضارب مأذونًا في هذين الأمرين، وهذا ما نصت عليه المادتان (1415 و1416) من المجلة بالنسبة إلىٰ المضاربة المطلقة، كما نصت عليه بصفة عامة المادة (446) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة في المتن وفي مذكرتها الإيضاحية.

وفي أي حال، فإن المضارب لا يجوز له أن يهب مال المضاربة أو يقرضه أو يقترض ما يزيد علىٰ رأس المال، ما لم يكن ذلك بإذن صريح من رب المال، وهذا ما نصت عليه المادة (1416) من المجلة بالنسبة إلىٰ المضاربة المطلقة، كما نصت عليه بصفة عامة المادة (447) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة.

ويلاحظ في هذا الصدد أن نصوص المجلة المشار إليها تقصر حكم المادة المقترحة علىٰ المضاربة المطلقة، وهو ما فعله التقنين العراقي في المادة (665) منه، ولكن رئي في المشروع أن منطق الفكرة يقتضي تعميم الحكم علىٰ المضاربة المطلقة

والمضاربة المقيدة، وهو ما فعله التقنين الأردني في المادة (626) منه، وكذلك المادتان (446 و447) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة.

مادة (519):

1- يستحق كل من رب المال والمضارب نصيبًا في الربح بحسب النسبة المتفق عليها، فإذا لم يعين عقد الشركة حصة كل منهما؛ قسم الربح بحسب ما جرىٰ به العرف، فإن لم يكن هناك عرف؛ قسم الربح مناصفة بينهما.

2- وإذا جاز للمضارب أن يخلط مال المضاربة بماله؛ قسم الربح بنسبة رأس المال، فيأخذ المضارب ربح ماله، ويوزع ربح مال المضاربة علىٰ الوجه المبين في الفقرة الأولىٰ.

هذه المادة مستحدثة.

وحكمها مستمد من الفقه الإسلامي في المادتين (1411 و1417) من المجلة، مع إضافة العرف، فقد جاء في المادة (1411): «وتعيين حصة العاقدين من الربح جزءًا شائعًا كالنصف والثلث، لكن إذا عبر بالشركة علىٰ الإطلاق كقوله: والربح مشترك بيننا. فيكون مصروفًا إلىٰ المساواة، ويقسم الربح مناصفة بين رب المال والمضارب»، ونصت المادة (1417) علىٰ أنه: «إذا خلط المضارب مال المضاربة بماله؛ فالربح الحاصل يقسم علىٰ مقدار رأس المال، يعني أنه يأخذ ربح ماله، وربح مال المضاربة يقسم بينه وبين رب المال علىٰ الوجه الذي شرطاه».

والمادة المقترحة تتفق في الحكم مع المادتين (667/ 1) و(668/ 1) من التقنين العراقي، فيما عدا أن هذا التقنين لم يذكر العرف.

وتتفق في الحكم مع المادة (627) من التقنين الأردني، فيما عدا أن هذا التقنين لم يذكر العرف.

مادة (520):

1- يتحمل رب المال الخسارة وحده، ويقع باطلًا كل شرط علىٰ خلاف ذلك.

2- وإذا نقص مال المضاربة بسبب الخسارة أو التلف؛ فإن النقص يجبر من الربح، فإن جاوز النقص الربح حسب الزائد من رأس المال، فلا يضمنه المضارب.

هذه المادة مستحدثة.

وحكمها مستمد من الفقه الإسلامي، فقد نصت المادة (1427) من المجلة علىٰ أنه: «إذا تلف مقدار من مال المضاربة؛ فيحسب في أول الأمر من الربح ولا يسري إلىٰ رأس المال، وإذا تجاوز مقدار الربح وسرىٰ إلىٰ رأس المال؛ فلا يضمنه المضارب سواء كانت المضاربة صحيحة أو فاسدة»، ونصت المادة (1428) علىٰ ما يأتي: «علىٰ كل حال يكون الضرر والخسار عائدًا إلىٰ رب المال، وإذا شرط كونه مشتركًا بينه وبين المضارب؛ فلا يعتبر ذلك الشرط»، ونصت المادة (462) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة علىٰ أن: «ما هلك من مال المضاربة يصرف إلىٰ الربح، فإن زاد الهالك علىٰ الربح لم يضمن المضارب».

ويلاحظ أن ما تنص عليه الفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة من أن رب المال هو الذي يتحمل الخسارة وحده. إنما يقصد به مقدار الخسارة في رأس المال، باعتبار أن رأس المال هو ما يساهم به رب المال في الشركة، وأنه يكون من حقه عند انتهاء المضاربة، فهذا الحكم لا يعني أن المضارب لا يتحمل شيئًا من الخسارة، إذ إن ما يخسره هو عمله.

ولذلك يقع باطلًا كل شرط يتفق فيه علىٰ أن يتحمل المضارب جزءًا من الخسارة في رأس المال، وقد تقدم أن نصيب الشريك في الخسارة يتعين أن يكون بنسبة ما يساهم به في الشركة. انظر: المادة (488) من المشروع.

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادتين (670 و671) من التقنين العراقي.

وتتفق في حكمها مع المادة (628) من التقنين الأردني.

مادة (521): تنتهي المضاربة بانقضاء الميعاد المعين لها، أو بإتمام العمل الذي قامت من أجله، وتنتهي كذلك بموت أحد المتعاقدين أو الحجر عليه.

هذه المادة مستحدثة.

والسببان الأولان تنتهي بهما الشركة بطريقة طبيعية، وذلك حين ينقضي الأجل المعين لها، أو يتم العمل الذي قامت من أجله.

والسببان الآخران يقضي بهما القواعد العامة في الشركة.

وقد نص عليها الفقه الإسلامي في المادة (1429) من المجلة التي تقول: «إذا مات رب المال أو المضارب، أو جن جنونًا مطبقًا؛ فتفسخ المضاربة».

والمادة المقترحة تقابل ما جاء في المادة (673/ 2) من التقنين العراقي التي تقول: «وتنتهي المضاربة كذلك بموت رب المال أو المضارب، وبانعدام أهليتهما».

وتتفق في حكمها مع المادة (633) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ أن: «تنفسخ المضاربة إذا مات أحد المتعاقدين، أو جن جنونًا مطبقًا، أو حجر عليه».

مادة (522):

1- يجوز لكل من المتعاقدين أن ينهي المضاربة إذا كانت مطلقة، علىٰ ألا يكون ذلك في وقت غير لائق، وإلا ضمن ما يلحق المتعاقد الآخر من ضرر بسبب ذلك.

2- ولا يعتبر هذا الإنهاء إلا من وقت علم المتعاقد الآخر به بموجب إنذار رسمي يوجه إليه.

3- فإذا انتهت المضاربة علىٰ هذا الوجه؛ وجب علىٰ المضارب أن يمتنع عن التصرف في مال المضاربة إن كان من النقود، فإن كان من غير النقود؛ جاز له بيعه لتحويله إلىٰ نقود.

هذه المادة مستحدثة.

وبحكم الفقرتين الأولىٰ والثانية منها تطبيق للقاعدة العامة التي تقضي بأن: «تنتهي الشركة بانسحاب أحد الشركاء إذا كانت مدتها غير معينة، علىٰ أن يعلن الشريك إرادته في الانسحاب إلىٰ سائر الشركاء قبل حصوله، وإلا يكون انسحابه عن غش، أو في وقت غير لائق» (م 503/ 1) من المشروع.

أما الفقرة الثالثة فتوجب علىٰ المضارب أن يمتنع عن التصرف في مال المضاربة بعد انتهائها إذا كان من النقود، أما إذا كان هذا المال من غير النقود؛ فإن المضارب

يجوز له أن يبيعه لتحويله إلىٰ نقود.

وحكم هذه الفقرة مستمد من الفقه الإسلامي، ففي هذا الفقه نصت المادة (424) من المجلة علىٰ حالة ما إذا أنهىٰ رب المال المضاربة بعزله المضارب، فقالت: «إذا عزل رب المال المضارب؛ فيلزم إعلامه بعزله، فتكون تصرفات المضارب الواقعة معتبرة حتىٰ يقف علىٰ العزل، ولا يجوز له التصرف بالنقود التي في يده بعد وقوفه علىٰ العزل، لكن إذا كان في يده أموال غير النقود؛ فيجوز له أن يبيعها ويبد لها بالنقد».

والمادة المقترحة تقابل المادتين (674 و675) من التقنين العراقي.

وتقابل المادتين (629 و630) من التقنين الأردني.

مادة (523):

1- علىٰ أي وجه كان انتهاء المضاربة، فإنه يجب علىٰ المضارب أن يصل بالأعمال التي بدأها إلىٰ حالة لا تتعرض معها أموال المضاربة للخسارة أو التلف.

2- وفي حالة انتهاء المضاربة بموت المضارب، يجب علىٰ ورثته أو نائبهم أن يبادروا إلىٰ إخطار رب المال بموت المورث، وأن يتخذوا من التدابير ما يقتضيه الحال للمحافظة علىٰ أموال المضاربة.

هذه المادة مستحدثة.

وقد رئي النص فيها علىٰ ما يجب القيام به من أعمال، وما يجب اتخاذه من تدابير للمحافظة علىٰ أموال المضاربة عند انتهائها، أيًّا كان سبب هذا الانتهاء، إذ إنه عند انتهاء المضاربة تصبح الأموال الموجودة من حق رب المال، فيكون علىٰ المضارب أن يقوم بما يلزم من أعمال للمحافظة علىٰ هذه الأموال، وإذا انتهت المضاربة بموت المضارب؛ كان علىٰ ورثته من بعده أو نائبهم أن يتخذوا التدابير اللازمة لكفالة هذه المحافظة، وذلك قياسًا علىٰ ما هو مقرر في الوكالة.

إذ الواقع أن أحكام المضاربة مزيج من أحكام الشركة وأحكام الوكالة، ولذلك فإن الفقه الإسلامي يعتبر المضارب بمثابة وكيل يشارك في الربح، حيث نصت المادة (1413) من المجلة علىٰ أن «المضارب أمين»، فرأس المال في يده في حكم الوديعة،

ومن جهة تصرفه في رأس المال هو وكيل رب المال، وإذا ربح فيكون شريكًا فيه».

غير أن هذا التصوير ليس دقيقًا؛ لأن للشركة شخصيتها المستقلة، والمضارب شريك منتدب للإدارة، ولم تكن فكرة الشخصية الاعتبارية قد نضجت في الفقه الإسلامي إلىٰ الحد الذي تمتد فيه إلىٰ الشركة.

مادة (524): إذا مات المضارب وكانت أموال المضاربة موجودة عينًا؛ ردت الأموال إلىٰ رب المال، وإذا لم توجد هذه الأموال عينًا، ولم يتبين حالها؛ كان حق رب المال دينًا في التركة.

هذه المادة مستحدثة.

ويرجع حكمها إلىٰ أنه عند انتهاء المضاربة تكون أموالها من حق رب المال بعد تقسيم الربح، فإذا كانت هذه الأموال موجودة عينًا؛ ردت إلىٰ رب المال، وإذا لم تكن موجودة عينًا فقد يتبين حالها، كأن يثبت الوارث أنها ردت إلىٰ رب المال، أو يثبت أنها هلكت أو ضاعت بدون تعد من أحد، فإذا لم يتبين حالها علىٰ هذا النحو، أو أثبت رب المال أنها هلكت أو ضاعت بتقصير من المضارب؛ لزم الضمان من التركة.

ويقول الفقه الإسلامي في هذا المعنىٰ في المادة (1430) من المجلة أنه: «إذا مات المضارب مجهلًا؛ فالضمان في تركته». انظر: م (801 و1355) من المجلة.

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع ما جاء في المادة (673) من التقنين العراقي في نهايتها من أنه: «إذا مات المضارب مجهلًا لمال المضاربة؛ فالضمان في تركته».

وتتفق في حكمها مع المادة (634) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ أنه: «إذا مات المضارب مجهلًا مال المضاربة؛ يكون حق رب المال دينًا في التركة».

شركة الأعمال:

مادة (525): شركة الأعمال شركة يساهم فيها كل شريك بعمل يقوم به لصالح الغير، في مقابل أجر يقسم بين الشركاء بحسب النسبة المتفق عليها.

هذه المادة مستحدثة.

وشركة الأعمال تقوم علىٰ المساهمة بعمل من جانب جميع الشركاء، فليس فيها رأس مال، وإنما يتقبل الشركاء الأعمال التي يطلبها الغير، ويتعهدون بالقيام بها، وذلك في مقابل أجر يلتزم به الغير ويقسم بينهم علىٰ ما شرطوه، كما هي الحال في شركة تقوم بين عدد من المهنيين، كالأطباء والمهندسين والمحامين والمقاولين، أو تقوم بين عدد من الحرفيين، كأصحاب الصنائع.

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (1385) من المجلة في هذا المعنىٰ علىٰ أن: «شركة الأعمال عبارة عن عقد شركة علىٰ تقبل الأعمال، فالأجيران المشتركان يعقدان الشركة علىٰ تعهد والتزام العمل الذي يطلب ويكلف من طرف المستأجرين، سواء كانا متساويين أو متفاضلين في ضمان العمل...». ونصت المادة (432) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة علىٰ أن: «شركة الصنائع أن يشترك صاحبا صنعة علىٰ تقبل الأعمال، ويكون الكسب بينهما علىٰ ما شرطا، ولا يلزم اتحاد العمل والمكان».

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة (676) من التقنين العراقي.

وتتفق في حكمها مع المادة (611) من التقنين الأردني.

مادة (526): الشركاء مسئولون بالتضامن عن إيفاء العمل المتفق عليه لصالح الغير.

هذه المادة مستحدثة.

وبمقتضاها يسأل الشركاء عن إيفاء العمل المطلوب لصالح الغير، وذلك علىٰ سبيل التضامن، فيستطيع الغير أن يطالب أي شريك بإنجاز العمل المطلوب.

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (1387) من المجلة في هذا الصدد علىٰ أن: « كل واحد من الشريكين وكيل الآخر في تقبل العمل، فالعمل الذي تقبله أحدهما يكون إيفاؤه لازمًا عليه وعلىٰ شريكه أيضًا... حيث إن العمل الذي تقبله أحد الشريكين يطلب إيفاءه المستأجر من أيهما أراد، وكل واحد من الشريكين يكون مجبورًا علىٰ إيفاء العمل...»، ونصت المادة (433) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة علىٰ

أنه: «تقتضي شركة الصنائع أن يصير كل منهما وكيلًا عن صاحبه وضامنًا لما يتقبله».

والأدق في هذا الصدد أن يعتبر الشركاء مسئولين بالتضامن عن إيفاء العمل المطلوب، كما يقول النص المقترح.

وإذا كان لكل شريك أن يتقبل العمل الذي يطلبه الغير؛ فإن هذا لا يكون علىٰ أساس أن كل شريك يعتبر وكيلًا عن الآخر، وإنما يعني أن كل شريك يعتبر مفوضًا من الآخرين في إدارة الشركة، ما دام أنه ليس هناك نص خاص علىٰ طريقة الإدارة. انظر: م (494) من المشروع.

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة (612/ 1) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ أن: «يلتزم كل من الشركاء بأداء العمل الذي تقبله وتعهده أحدهم».

وتقابل المادة (677/ 1) من التقنين العراقي التي تنص علىٰ أن: «كل واحد من الشركاء وكيل للآخرين في تقبل العمل، ولصاحب العمل أن يطلب إيفاءه من أي شريك».

مادة (527): ليس علىٰ الشريك إيفاء ما تقبله من العمل بنفسه، فله أن يعهد به إلىٰ آخر من الشركاء أو من غيرهم، إلا إذا شرط عليه صاحب العمل أن يقوم به بنفسه.

هذه المادة مستحدثة.

وبمقتضاها يجوز للشريك الذي تقبل العمل أن يقوم به بنفسه، أو أن يعهد به إلىٰ شريك غيره، أو إلىٰ شخص آخر من غير الشركاء، غير أنه يجب عليه أن يقوم بالعمل بنفسه إذا شرط عليه صاحب العمل ذلك.

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (1389) من المجلة في هذا المعنىٰ علىٰ أنه: «لا يجبر أحد الشريكين علىٰ إيفاء ما تقبله من العمل بالذات، بل إن شاء يعمله بيده، وإن شاء يعطيه لشريكه أو الآخر، لكن إذا شرط المستأجر عمله بالذات يلزم حينئذٍ عمله».

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة (678) من التقنين العراقي.

وتتفق في حكمها مع المادة (613) من التقنين الأردني.

مادة (528): يقسم الربح بين الشركاء علىٰ الوجه المتفق عليه في العقد دون

اعتبار لمقدار أو نوع العمل الذي يقوم به كل منهم.
وتقسم الخسارة بينهم بنسبة ما يضطلع به كل منهم من عمل.

هذه المادة مستحدثة.

وبمقتضاها يستحق كل شريك نصيبه في الربح علىٰ ما شرط دون نظر إلىٰ مقدار العمل الذي يقوم به أو نوعه، بل وحتىٰ إذا لم يقم به بالفعل، كما لو كان مريضًا، أو ذهب إلىٰ مكان آخر، أو لم يساهم في العمل لكفاية ما يقوم به زملاؤه في سبيل إنجازه، ويتحمل الشريك نصيبه في الخسارة علىٰ مقدار ضمان العمل، أي بنسبة ما يضطلع به من عمل.

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (1391) من المجلة في هذا المعنىٰ علىٰ أنه: «إذا شرط التساوي في العمل والتفاضل في الكسب؛ كان جائزًا».

ونصت المادة (1392) علىٰ ما يأتي: «الشريكان بضمان العمل يستحقان الأجرة، فإذا عمل أحد الشريكين وحده والآخر لم يعمل، كما لو مرض أو ذهب إلىٰ محل أو جلس بطالًا؛ فيقسم الربح والأجرة بينهما علىٰ الوجه الذي شرطاه».

ونصت المادة (1393) علىٰ أنه: «إذا تلف أو تعيب المستأجر فيه بصنع أحد الشريكين؛ فيكون ضامنًا بالاشتراك مع الشريك الآخر، والمستأجر يضمن ماله أيًّا شاء منهما، ويقسم هذا الخسار بين الشريكين علىٰ مقدار الضمان...».

وحكم المادة المقترحة تطبيق للقواعد العامة التي تقضي بأنه إذا لم يبين عقد الشركة نصيب كل من الشركاء في الربح؛ كان نصيب كل منهم بنسبة حصته في رأس المال، أما نصيب كل منهم في الخسارة، فيتعين أن يكون بنسبة حصته في رأس المال، وإذا كانت حصة الشركاء مقصورة علىٰ عمله؛ وجب أن يقدر نصيبه في الربح تبعًا لما تفيده الشركة من هذا العمل، أما نصيبه في الخسارة فهو عمله م (478) من المشروع.

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المواد (679 – 681) من التقنين العراقي.

وتتفق في حكمها مع المواد (614 – 616) من التقنين الأردني.

مادة (529):

1- تنتهي الشركة بانقضاء الميعاد المعين لها، أو بإتمام العمل الذي قامت من

أجله.

2- ويجوز لأي شريك أن ينهي الشركة إذا كانت مدتها غير معينة.

هذه المادة مستحدثة.

وحكمها تطبيق للقاعدة العامة في خصوص انتهاء الشركة.

شركة الوجوه:

مادة (530): شركة الوجوه عقد يقوم الشركاء بمقتضاه بشراء مال مشترك بينهم نسيئة بما لهم من اعتبار، ثم بيعه واقتسام ما ينشأ عن ذلك من ربح.

هذه المادة مستحدثة.

وشركة الوجوه ليس فيها رأس مال، فهي أقرب ما تكون إلىٰ شركة الأعمال، غير أن عمل الشركاء فيها أن يقوموا بشراء مال مشترك بينهم نسيئة ثم يبيعونه ويقتسمون ما ينشأ عن ذلك من ربح، وهم يشترون المال المشترك نسيئة بما لهم من اعتبار ووجاهة، فهم يشترون بوجوههم أي بوجاهتهم وأمانتهم؛ لأنه لا يشتري بالنسيئة إلا من كان له وجاهة عند الناس.

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (1332) من المجلة في هذا المعنىٰ علىٰ أنه: «إذا لم يكن للشركاء رأس مال، وعقدوا الشركة علىٰ البيع والشراء نسيئة، وتقسيم ما يحصل من الربح بينهم؛ فتكون شركة وجوه». ونصت المادة (434) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة علىٰ أن: «شركة الوجوه أن يشترك رجلان ولا مال لهما علىٰ أن يشتريا بوجوههما».

انظر: المذكرة الإيضاحية لهذه المادة، وانظر: فتح القدير (ج 3/ ص30).

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة (658) من التقنين العراقي.

وتتفق في حكمها مع المادة (619/ 1) من التقنين الأردني.

مادة (531): يضمن الشركاء ثمن المال المشترىٰ، كل بنسبة حصته فيه.

هذه المادة مستحدثة.

وهي تحدد مسئولية الشركاء عن ثمن المال المشترك الذي اشتروه، فكل منهم

يضمن الثمن بقدر حصته في هذا المال.

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (1401) من المجلة في هذا المعنىٰ علىٰ أن: «ضمان ثمن المال المشترىٰ يكون بالنظر إلىٰ حصة الشريكين فيه».

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع ما جاء في هذا الصدد في المادة (658) من التقنين العراقي.

وتتفق في حكمها مع المادة (619/ 2) من التقنين الأردني.

مادة (532): يقسم الربح والخسارة بين الشركاء بنسبة حصة كل منهم في المال المشترىٰ، ويقع باطلًا كل اتفاق علىٰ خلاف ذلك.

هذه المادة مستحدثة.

وهي توجب أن يكون ما يصيبه كل شريك من الربح وما يتحمله من الخسارة - بقدر حصته في المال المشترك للشركة، بحيث لا يجوز الاتفاق علىٰ خلاف ذلك.

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (1402) من المجلة في هذا المعنىٰ علىٰ أن: «تكون حصة كل واحد من الشريكين في الربح بقدر حصته في المال المشترىٰ، وإذا شرط إلىٰ واحد زيادة علىٰ حصته في المال المشترىٰ؛ فيكون الشرط لغوًا، ويقسم الربح بينهما علىٰ مقدار حصتهما من المال المشترىٰ».

ونصت المادة (1403) علىٰ أن: «يقسم الضرر والخسار في كل حال علىٰ مقدار حصة الشريكين في المال المشترىٰ، سواء باشرا عقد الشراء بالاتحاد، أو باشره أحدهما وحده»، ونصت المادة (435) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة علىٰ أن: «يكون الربح في شركة الوجوه لكل شريك بقدر ضمانه في الشيء المشترىٰ». انظر: المذكرة الإيضاحية لهذه المادة. وانظر: فتح القدير (ج3/ ص31).

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة (659) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (620) من التقنين الأردني، وهي تجيز الاتفاق المخالف.

مادة (533):

1- تنتهي الشركة بانقضاء الميعاد المعين لها، أو بإتمام العمل الذي قامت من أجله.

2- ويجوز لأي شريك أن ينهي الشركة إذا كانت مدتها غير معينة.

هذه المادة مستحدثة.

وحكمها تطبيق للقاعدة العامة في خصوص انتهاء الشركة.



الفصل الخامس
القرض

نظرة عامة في تحريم الربا:

حرم المشروع الربا، فقضىٰ ببطلان كل اتفاق علىٰ تقاضي فوائد مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود أو التأجير في الوفاء به، واعتبر فائدة مستترة كل عمولة أو منفعة أيًّا كان نوعها اشترطها الدائن إذا ما ثبت أن هذه العمولة أو المنفعة لا يقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ولا نفقة مشروعة م (235) وأجاز للدائن، إذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود، وتأخر المدين في الوفاء به أن يطالب بتعويض الضرر الذي لحقه بسبب هذا التأخير م(236)، ونظم شركة المضاربة كبديل شرعي للقرض بفائدة عندما يحتاج صاحب مشروع معين إلىٰ مال لإقامة المشروع م (512) وما بعدها، وقضىٰ ببطلان كل شرط بزيادة في العوض يؤديها المقترض إلىٰ المقرض (537)، وأغفل تنظيم موضوع الدخل الدائم، نظرًا إلىٰ أن الصورة الغالبة في التطبيق العملي أن يكون العقد الذي يرتب الدخل الدائم هو عقد قرض بفائدة، وتحاشىٰ في جميع المواد كل ما يتعلق بالفوائد.

مادة (534): القرض عقد تنتقل بمقتضاه ملكية مبلغ من النقود، أو أي شيء مثلي آخر، علىٰ أن يرد المقترض عند نهاية القرض شيئًا مثله في مقداره ونوعه وصفته.

هذه المادة تقابل المادة (538) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ أن: «القرض عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلىٰ المقترض ملكية مبلغ من النقود، أو أي شيء مثلي آخر، علىٰ أن يرد إليه المقترض عند نهاية القرض شيئًا مثله في مقداره ونوعه وصفته».

وقد روعي في تعريف القرض في المادة المقترحة إبراز محل العقد وهو العملية القانونية المقصودة من القرض، وذلك علىٰ نسق ما يراعيه المشروع بالنسبة إلىٰ جميع العقود، والعملية القانونية المقصودة من القرض هي انتقال ملكية مبلغ من النقود أو أي شيء مثلي آخر، وهي العنصر الجوهري الذي يجب أن يظهر في تعريف القرض. (انظر:

النظرة العامة التي تقدم ذكرها عن العقود المسماة).

ويأخذ المشروع في التعريف المقترح بالتصوير الذي يقول به الفقه الإسلامي كما سبق القول، وهو أن الملك ينتقل بالعقد.

ولذلك جاء تعريف الفقه الإسلامي منصبًّا علىٰ محل العقد، فقد نصت المادة (779) من مرشد الحيران علىٰ أن: «القرض هو أن يدفع شخص لآخر عينًا معلومة من الأعيان المثلية التي تستهلك بالانتفاع بها ليرد مثلها». ونصت المادة (1/231) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة علىٰ أن: «القرض عقد يرد علىٰ دفع مال مثلي لآخر ليرد مثله»، ونصت المادة (118) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك علىٰ أن: «القرض إعطاء شيء متمول لنفع المعطىٰ له في نظير عوض مماثل مؤجل في ذمة المعطىٰ له...»، ونصت المادة (155) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أحمد بن حنبل علىٰ أن: «القرض دفع مال إرفاقًا لمن ينتفع به ويرد مثله».

والمادة المقترحة تتفق في جوهر التعريف مع المادة (684) من التقنين العراقي التي تنص علىٰ أن: «القرض هو أن يدفع شخص لآخر عينًا معلومة من الأعيان المثلية التي تستهلك بالانتفاع بها ليرد مثلها».

وتتفق في جوهر التعريف مع المادة (636) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ أن: «القرض تمليك مال أو شيء مثلي لآخر، علىٰ أن يرد مثله قدرًا ونوعًا وصفة إلىٰ المقرض عند نهاية مدة القرض».

وتقابل المادة (543) من التقنين الكويتي التي تنص علىٰ أن: «القرض عقد يلتزم به المقرض أن يؤدي إلىٰ المقترض مبلغًا من النقود أو أي شيء مثلي آخر، علىٰ أن يرد إليه مثله نوعًا وصفة وقدرًا».

مادة (535): 1- من أقرض ملك غيره بدون إذنه؛ كان قرضه موقوفًا علىٰ إجازة المالك، وتسري عليه أحكام المادتين (440 و441).

هذه المادة مستحدثة.

والأحكام الواردة فيها تطبيق للقاعدة العامة الواردة في المادتين (127 و128/ 3) من المشروع.

وفي هذا التطبيق تقضي المادة المقترحة بسريان أحكام بيع ملك الغير الواردة في المواد (439 و440 و441) من المشروع، وقد رئي ذكر الحكم الأساسي في هذه الأحكام، وهو أن يكون القرض موقوفًا علىٰ إجازة المالك، ثم الإشارة بتطبيق أحكام المادتين الباقيتين، وهما المادتان (440 و441)، وهذا هو ما اتبعه المشروع بالنسبة إلىٰ العقود الأخرىٰ التي تنطوي علىٰ تصرف في ملك الغير بدون إذنه.

ولم يرد في التقنين الحالي نص في هذا الصدد. فقام خلاف في الفقه حول حكم إقراض ملك الغير. حيث ذهب رأي إلىٰ تطبيق القواعد العامة، ما دام لم يرد في عقد القرض نص مماثل للنص الوارد في عقد البيع م(466 مدني) والنص الوارد في عقد الهبة م(491 مدني) يقضي بأن إقراض ملك الغير قابل للإبطال، ومن ثم يكون عقد القرض قابلًا للفسخ بناءً علىٰ طلب المقترض إذا لم يف المقرض بالتزامه. بينما ذهب رأي آخر إلىٰ أن إقراض ملك الغير يقاس علىٰ بيع ملك الغير، فيكون قابلًا للإبطال، وهذا الخلاف ليس له مجال في ظل أحكام المشروع، إذ إن حكم إقراض ملك الغير قد ورد النص عليه تطبيقًا للقاعدة العامة فيما يتعلق بالتصرف في ملك الغير بدون إذنه.

انظر في الفقه الإسلامي: العقد الموقوف لكونه تصرفًا في ملك الغير بدون إذنه، وهو تصرف الفضولي بالمعنىٰ المقصود في هذا الفقه. المغني (ج4/ طبعة ثالثة ص 205 و206)، بداية المجتهد لابن رشد طبعة الخانجي (ج2/ ص143و144)، عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (ج4 / ص200 – 212).

مادة (536):

1– يجب علىٰ المقرض أن يسلم الشيء المقرض إلىٰ المقترض، ولا يجوز له أن يطالبه برد المثل إلا عند انتهاء القرض.

2– وإذا هلك الشيء قبل تسليمه إلىٰ المقترض؛ كان الهلاك علىٰ المقرض.

هذه المادة تطابق المادة (539) من التقنين الحالي، مع استبدال عبارة: «الشيء

المقترض»، بعبارة: «الشيء موضوع العقد» لدفع شبهة أن محل العقد هو الشيء، إذ إن المحل هو انتقال ملكية مبلغ من النقود، أو أي شيء مثلي آخر كما سبق القول.

وتتفق في حكمها مع المادة (544) من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي:

«1- يجب علىٰ المقرض أن يسلم الشيء موضوع القرض إلىٰ المقترض وقت تمام العقد، ما لم يتم الاتفاق علىٰ تسليمه في وقت آخر.

2- فإذا هلك الشيء قبل تسليمه؛ كان هلاكه علىٰ المقرض».

وتقابل المادة (686) من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي:

«1- يملك المستقرض العين المقترضة بالقبض، ويثبت في ذمته مثلها.

2- فإذا هلكت العين بعد العقد وقبل القبض؛ فلا ضمان علىٰ المستقرض».

وتقابل المادة (637) من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي:

«1- يتوقف تمام عقد القرض علىٰ قبض المال أو الشيء المستقرض، ويثبت في ذمة المستقرض مثله.

2- فإذا هلكت العين بعد العقد وقبل القبض؛ فلا ضمان علىٰ المستقرض».

انظر: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م (723) ي مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 4/ ص415 - 417).

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (780) من مرشد الحيران على ما يأتي:

«إنما تخرج العين المقترضة من ملك المقرض وتدخل في ملك المستقرض إذا قبضها، فيثبت في ذمة المستقرض مثلها لا عينها ولو كانت قائمة، فإذا هلكت العين بعد العقد وقبل القبض، فلا ضمان علىٰ المستقرض».

ونصت المادة (231/ أ) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة علىٰ أن: «يملك المستقرض القرض بمجرد القبض».

وعلىٰ خلاف ذلك نصت المادة (120/ 1) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك علىٰ ما يأتي: «يملك المقترض القرض ملكًا تامًّا بالعقد ولو لم يقبضه من المقرض».

وظاهر من النصوص أن القرض في المشروع، كما هو في مذهب الإمام مالك، وفي

التقنين الحالي، وفي التقنين الكويتي - عقد رضائي يتم بمجرد تلاقي الإيجاب والقبول، أما في التقنين العراقي والتقنين الأردني فالقرض علىٰ غرار المذهب الحنفي، عقد عيني لا يتم إلا بتسليم الشيء المقترض إلىٰ المقترض.

أما عن عدم جواز المطالبة برد المثل إلا عند انتهاء القرض، فسنده الشرعي ما نصت عليه المادة (121) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك من أنه: «إذا كان للقرض أجل مضروب أو معتاد؛ وجب علىٰ المقترض رده للمقرض إذا انقضىٰ ذلك الأجل ولو لم ينتفع به، وإذا لم يكن له أجل؛ فلا يلزم رده إلا بعد أن ينتفع به الانتفاع المعتاد».

مادة (537): يقع باطلًا كل شرط بزيادة في العوض يؤديها المقترض إلىٰ المقرض.

هذه المادة مستحدثة.

والغرض منها بطلان كل شرط في عقد القرض يفرض علىٰ المقترض أن يؤدي إلىٰ المقرض ما يزيد علىٰ الشيء المقترض، أيًّا كان نوع هذه الزيادة، ما دامت تنطوي علىٰ منفعة للمقرض؛ لأنها من الربا المحرم بالإجماع كأن تشترط فوائد لمبلغ القرض، أو يكون الشيء المقرض حنطة، فيشترط رد ما يزيد عليه في مقداره، أو رد ما يفضله في نوعه.

وفي هذا المعنىٰ نصت المادة (233) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة علىٰ ما يأتي: «إذا اقترن القرض بشرط يلغىٰ الشرط، ويصح القرض، ويلزم المقترض رد مثل ما قبضه». انظر: ابن عابدين (ج 4/ ص182).

ونصت المادة (119) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك علىٰ ما يأتي: «يفسد عقد القرض باشتمال عوضه علىٰ زيادة شرطت في العقد، أو جرىٰ بها العرف في بلد العقد، ولا حق للمقترض في المطالبة بهذه الزيادة مهما طال بقاء رأس المال في ذمة المقترض». انظر: الشرح الصغير (ج 2/ ص116).

وجاء في المادة (164) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أحمد

بن حنبل - أن من الشروط المنهي عنها في القرض شرط تحصيل منفعة للمقترض، وشرط المقترض أن يوفي المقرض أنقص مما أقرض. انظر: كشاف القناع (ص 138 و139).

ولهذا فإن المشروع - جريًا علىٰ خطته في تحريم الربا - أغفل نصوص التقنين الحالي التي تتحدث عن الفوائد في عقد القرض م (542 و544 مدني).

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة (640) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ أنه: «إذا اشترط في عقد القرض منفعة زائدة علىٰ مقتضىٰ العقد سوىٰ توثيق حق المقرض لغي الشرط وصح العقد».

وتتفق في حكمها مع المادة (547) من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي:

«1- يكون إقراض الأفراد بغير فائدة، ويقع باطلًا كل شرط يقضي بخلاف ذلك دون مساس بعقد القرض ذاته.

2- ويعتبر في حكم الفائدة كل منفعة يشترطها المقرض».

مادة (538): إذا استحق الشيء المقترض؛ فلا ضمان علىٰ المقرض، إلا أن يكون قد تعمد إخفاء سبب الاستحقاق، وفي هذه الحالة يقدر القاضي للمقترض تعويضًا عادلًا عما أصابه من الضرر.

هذه المادة تقابل المادة (540) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ أنه: «إذا استحق الشيء فإن كان القرض بأجر سرت أحكام البيع، وإلا فأحكام العارية».

وقد عدلت هذه المادة بإغفال حالة القرض بأجر؛ لأن اشتراط الأجر باطل طبقًا لحكم المادة السابقة، إذ هو من قبيل الربا المحرم. كما رئي ذكر حكم الاستحقاق في القرض بدلًا من الإحالة علىٰ أحكام العارية. وهذا الحكم يتسق مع ما سبق تقريره في الهبة. انظر: المادة (466) من المشروع.

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة (545) من التقنين الكويتي التي تنص علىٰ أنه: «إذا استحق الشيء المقترض؛ سرت في ذلك أحكام العارية».

وتقابل المادة (641) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ أنه: «إذا استحق المال

المقرض وهو قائم في يد المقترض؛ سقط التزامه برد مثله، وله تضمين المقرض ما قد يلحقه من ضرر بسبب هذا الاستحقاق إذا كان سيئ النية».

وتقابل المادة (688) من التقنين العراقي، وهي تتفق في حكمها مع المادة (540) من التقنين المصري الحالي.

والسند الشرعي للمادة المقترحة والمادة التي تليها ما جاء في بداية المجتهد لابن رشد (ج2/ ص153): من أن «العقود التي ليس المقصود منها المعاوضة - فلا خلاف في أنه لا تأثير للعيب فيها» والقاعدة أن الاستحقاق كالعيب في الحكم.

مادة (539):

1- إذا ظهر في الشيء المقترض عيب خفي، واختار المقترض استبقاءه؛ فلا يلزمه أن يرد إلا قيمته معيبًا.

2- وإذا كان المقترض قد تعمد إخفاء العيب؛ فيكون للمقترض أن يطلب التعويض عما أصابه من الضرر.

هذه المادة تقابل المادة (541) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- إذا ظهر في الشيء عيب خفي، وكان القرض بغير أجر واختار المقرض استبقاء الشيء - فلا يلزمه أن يرد إلا قيمة الشيء معيبًا.

2- أما إذا كان القرض بأجر، أو كان بغير أجر، ولكن المقرض قد تعمد إخفاء العيب، فيكون للمقترض أن يطلب إما إصلاح العيب، وإما استبدال شيء سليم بالشيء المعيب».

وقد أدخلت على هذه المادة التعديلات الآتية:

1- **حذفت من الفقرة الأولىٰ عبارة**: «وكان القرض بغير أجر»؛ لأن القرض يجب أن يكون دائمًا بغير أجر، فإذا اشترط فيه أجر وقع الشرط باطلًا؛ لأن الأجر يعتبر ربًا محرمًا طبقًا لحكم المادة (537)، كما عدلت هذه الفقرة تعديلًا لفظيًّا علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة.

2- **حذفت من الفقرة الثانية عبارة**: «القرض بأجر أو كان بغير أجر»؛ لأن القرض يجب أن يكون دائمًا بغير أجر.

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (546) من التقنين الكويتي التي تنص علىٰ ما يأتي:

«1- إذا ظهر في الشيء عيب واختار المقترض استبقاءه؛ فلا يلزمه أن يرد إلا قيمة الشيء معيبًا.

2- فإذا كان المقرض قد تعمد إخفاء العيب؛ فإنه يكون مسئولًا عما يسببه العيب من ضرر».

وتقابل المادة (642) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ أنه: «إذا ظهر في المال المقترض عيب خفي؛ فلا يلتزم المقترض إلا برد قيمته معيبًا».

وتقابل المادة (687) من التقنين العراقي، وهي تتفق في حكمها مع المادة (541) من التقنين المصري الحالي.

انظر: السند الشرعي للمادة السابقة.

مادة (540): ينتهي القرض بانتهاء الميعاد المتفق عليه، وإذا لم يعين العقد أجلًا للقرض؛ اتبع في شأنه حكم المادة (260).

هذه المادة تقابل المادة (543) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ أن: «ينتهي القرض بانتهاء الميعاد المتفق عليه».

وفي المادة المقترحة أضيفت إلىٰ نص التقنين الحالي عبارة: «وإذا لم يعين العقد أجلًا للقرض؛ اتبع في شأنه حكم المادة (260)»، وقد كان نص المشروع التمهيدي للتقنين الحالي يتضمن هذه العبارة في المادة (729) منه، وحذفتها لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ اكتفاء بالقواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص421 - 423)). ولكن رئي أن من الأفضل إضافتها، فهي تحسم خلافًا في الفقه عند عدم تعيين أجل للقرض، فيما إذا كان الرد يصبح واجبًا عند أول طلب من المقرض أو عند الميسرة، وظاهر أن الدفع عند الميسرة أعدل في هذه الحالة، إذ الإحالة علىٰ المادة (260) من المشروع تخول القاضي تعيين ميعاد مناسب لحلول الأجل، مراعيًا في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلة، ومقتضيًا منه عناية الرجل الحريص علىٰ الوفاء

بالتزامه، وهذا هو الذي يتفق مع الحكمة من القرض وأصل شرعته في الفقه الإسلامي، فالقرض كما تقول المادة (155) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أحمد بن حنبل: «دفع مال إرفاقًا لمن ينتفع به ويرد بدله»، وعن ابن مسعود أن النبي ﷺ قال: «**ما من مسلم يقرض مسلمًا قرضًا مرتين إلا كان كصدقة مرة**» (الشرح الكبير ص 352)، كشاف القناع (ص 135 و136).

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة (548) من التقنين الكويتي التي تنص علىٰ ما يأتي:

«1- علىٰ المقترض أن يرد المثل عند حلول الأجل المتفق عليه أو بسقوطه.

2- فإذا لم يتفق علىٰ أجل، أو اتفق علىٰ أن يكون الرد عند المقدرة أو الميسرة؛ عين القاضي ميعادًا مناسبًا للرد وفقًا للظروف».

وتقابل المادة (643) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ أنه: «إذا كان للقرض أجل؛ فليس للمقترض استرداده قبل حلول الأجل، وإن لم يكن له أجل؛ فلا يلتزم المقرض برده، إلا إذا انقضت مدة يمكنه فيها أن ينتفع به الانتفاع المعهود في أمثاله».

وتقابل المادة (689) من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي:

«1- يجب علىٰ المستقرض رد مثل الأعيان المقترضة قدرًا ووصفًا في الزمان والمكان المتفق عليهما.

2- فإذا لم يتفق علىٰ الزمان؛ كان للمقرض أن يسترده في أي وقت.

3- وإذا لم يتفق علىٰ المكان؛ كان الرد واجبًا في مكان العقد».

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (121) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك علىٰ أنه: «إذا كان للقرض أجل مضروب أو معتاد؛ وجب علىٰ المقترض رده للمقرض إذا انقضىٰ ذلك الأجل ولو لم ينتفع به، وإذا لم يكن له أجل؛ فلا يلزمه رده، إلا بعد أن ينتفع به الانتفاع المعتاد في أمثاله».

ونصت المادة (160) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أحمد بن حنبل علىٰ أنه: «يثبت عوض القرض في الذمة حالًا وإن شرط فيه أجل» (انظر: المذكرة الإيضاحية لهذا النص، وفيها أن للمقرض طلب بدل القرض في الحال).

ويلاحظ أن المشروع قد أغفل تنظيم الدخل الدائم، مخالفًا في ذلك التقنين الحالي، وذلك نظرًا إلىٰ أن الصورة الغالبة في التطبيق العملي أن يكون العقد الذي يرتب الدخل الدائم هو عقد قرض بفائدة.



الفصل السادس
الصلح

1 - أركان الصلح:

مادة (541): الصلح عقد يحسم الطرفان بمقتضاه نزاعًا قائمًا، أو يتوقيان نزاعًا محتملًا، وذلك بأن ينزل كل منهما علىٰ وجه التقابل عن جزء من ادعائه.

هذه المادة - فيما عدا اختلافًا لفظيًّا بسيطًا - تطابق المادة (549) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ أن: «الصلح عقد يحسم به الطرفان نزاعًا قائمًا، أو يتوقيان به نزاعًا محتملًا، وذلك بأن ينزل كل منهما علىٰ وجه التقابل عن جزء من ادعائه».

وسواء في النص المقترح أو في نص التقنين الحالي، فإن التعريف يبرز محل العقد، وهو ما يتفق مع الخطة التي جرىٰ عليها المشروع، إذ إن هذا المحل - وهو العملية القانونية المقصودة من عقد الصلح - هو حسم نزاع قائم أو اتقاء نزاع محتمل، وذلك بأن ينزل كل من الطرفين عن جزء من ادعائه.

والمادة المقترحة تتفق في جوهر التعريف مع المادة (552) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (698) من التقنين العراقي التي تنص علىٰ أن: «الصلح عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بالتراضي».

وتقابل المادة (647) من التقنين الأردني، وهي تطابق النص العراقي.

انظر: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م (737) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 4/ ص440).

وانظر في الفقه الإسلامي: م (1531 - 1534) من المجلة و م (1014) من مرشد الحيران، و م (816) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة، وم (247) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أحمد بن حنبل، وم (251) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك، وم (247) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام الشافعي.

مادة (542): يشترط فيمن يعقد صلحًا أن يكون أهلًا للتصرف بعوض في الحقوق التي يشملها عقد الصلح.

هذه المادة تطابق المادة (550) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (699) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (553) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (648) من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي:

«1- يشترط فيمن يعقد صلحًا أن يكون أهلًا للتصرف بعوض في الحقوق التي يشملها عقد الصلح.

2- وتشترط أهلية التبرع إذا تضمن الصلح إسقاط شيء من الحقوق».

انظر: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م (738) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص445 و446).

وانظر في الفقه الإسلامي: م (1539 - 1555) من المجلة، و م (1026 - 1032) من مرشد الحيران، و م (248) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أحمد بن حنبل، و م (253) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك.

مادة (543): لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام، ولكن يجوز الصلح علىٰ المصالح المالية التي تترتب علىٰ الحالة الشخصية، أو التي تنشأ عنها ارتكاب إحدىٰ الجرائم.

هذه المادة تطابق المادة (551) من التقنين الحالي، مع تعديل لفظي، حيث تنص علىٰ أنه: «لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام، ولكن يجوز الصلح علىٰ المصالح المالية التي تترتب علىٰ الحالة الشخصية، أو التي تنشأ عن ارتكاب إحدىٰ الجرائم».

وقد حذفت من نص التقنين الحالي عبارة: «بالحالة الشخصية»؛ لأن الحالة الشخصية تدخل في المسائل المتعلقة بالنظام العام.

والمادة المقترحة تطابق المادة (704/ 2) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (554) من التقنين الكويتي التي تنص علىٰ أنه: «لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام، ولكن يجوز الصلح علىٰ الحقوق المالية المترتبة عليها».

انظر: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م (739) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص445 و446).

وانظر في الفقه الإسلامي: م(818 و825) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة، و م (257) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك، و م (255) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام الشافعي.

مادة (544): لا يثبت الصلح إلا بالكتابة أو بمحضر رسمي.

هذه المادة تطابق المادة (552) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (711) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (555) من التقنين الكويتي.

انظر: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م (741)، ومناقشات لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 4/ ص477 و448).

والسند الشرعي للمادة المقترحة ما تدعو إليه الشريعة الإسلامية من وجوب الكتابة؛ لرفع النزاع وملافاة الأضرار التي تنجم عن ضعف ذاكرة الشهود، وذلك في قوله سُبْحَانَهُ وَتَعَالَىٰ: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ﴾ [البقرة: 282].

2- آثار الصلح:

مادة (545):

1- تنحسم بالصلح المنازعات التي تناولها.

2- ويترتب عليه انقضاء الحقوق والادعاءات التي نزل عنها أي من المتعاقدين

نزولًا نهائيًّا.

هذه المادة تطابق المادة (553) من التقنين الحالي.

وتتفق في حكمها مع المادة (556) من التقنين الكويتي.

وتتفق في حكمها مع المادة (712) من التقنين العراقي التي تنص علىٰ أنه: «إذا تم الصلح؛ فلا يجوز لأحد من المتصالحين الرجوع فيه، ويملك المدعي بالصلح بدله وتسقط دعواه».

وتقابل المادتين (655 و656) من التقنين الأردني:

فالمادة (655) من هذا التقنين تنص على ما يأتي:

«1- يترتب علىٰ الصلح انتقال حق المصالح إلىٰ البدل المصالح عليه، وسقوط حقه الذي كان محل النزاع.

2- ويكون ملزمًا لطرفيه، ولا يسوغ لأيهما أو لورثته من بعده الرجوع فيه».

والمادة (656) تنص علىٰ أن: «يقتصر أثر الصلح علىٰ الحقوق التي تناولها وحسم الخصومة فيها دون غيرها».

انظر: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م (742) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص450 و451).

وانظر في الفقه الإسلامي: م (1556 – 1559) من المجلة، و م (1033 – 1037) من مرشد الحيران، وم (830) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة، و م (260) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أحمد بن حنبل، و م (255 و256) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك.

مادة (546): للصلح أثر كاشف بالنسبة إلىٰ ما تناوله من الحقوق، ويقتصر هذا الأثر علىٰ الحقوق المتنازع فيها دون غيرها.

هذه المادة تطابق المادة (554) من التقنين الحالي.

وتتفق في حكمها مع المادة (557/ 1) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (716) من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي:

«1- الصلح عن إنكار أو سكوت، هو في حق المدعي معاوضة، وفي حق المدعىٰ عليه خلاص من اليمين وقطع للمنازعة.

2- فتجري الشفعة في العقار المصالح عليه، ولا تجري في العقار المصالح عنه».

وتقابل المادة (652/ 3) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ أنه: «إذا وقع عن إنكار أو سكوت؛ فهو في حق المدعي معاوضة، وفي حق المدعىٰ عليه اقتداء لليمين وقطع للخصومة».

انظر: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م (744) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 4/ ص453 و454).

وانظر في الفقه الإسلامي: م (821) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة.

مادة (547): يجب أن تفسر عبارات النزول التي يتضمنها الصلح تفسيرًا ضيقًا، وأيًّا كانت تلك العبارات فإن النزول لا ينصب إلا علىٰ الحقوق التي كانت وحدها بصفة جلية محلًّا للنزاع الذي حسمه الصلح.

هذه المادة تطابق المادة (555) من التقنين الحالي، مع استبدال كلمة: «النزول» بكلمة: «التنازل».

وتتفق في حكمها مع المادة (557/ 2) من التقنين الكويتي التي تنص علىٰ أن: «تفسر عبارات التنازل التي يتضمنها الصلح تفسيرًا ضيقًا».

انظر: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م (746) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص456).

وحكم المادة المقترحة - وهو يوجب تحري الدقة في تحديد الحقوق التي حسم الصلح النزاع في شأنها - يقره الشرع الإسلامي.

3- بطلان الصلح:

مادة (548):

1- الصلح لا يتجزأ، فبطلان جزء منه يقتضي بطلان العقد كله.

2- علىٰ أن هذا الحكم لا يسري إذا تبين من عبارات العقد، أو من الظروف، أن المتعاقدين قد اتفقا علىٰ أن أجزاء العقد مستقلة بعضها عن بعض.

هذه المادة تطابق المادة (557) من التقنين الحالي.

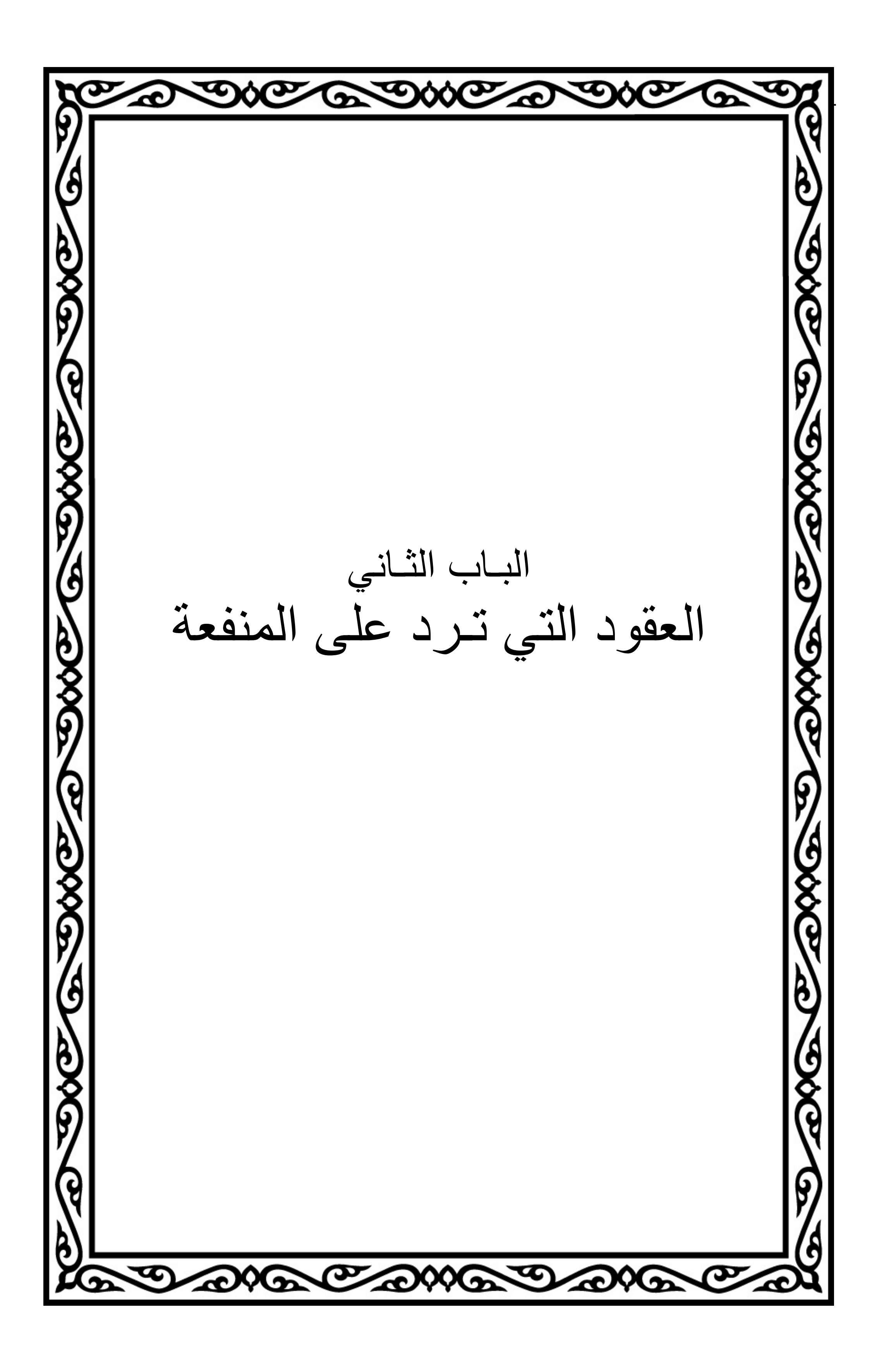
وتطابق المادة (720) من التقنين العراقي.

وتتفق في حكمها مع المادة (560) من التقنين الكويتي.

انظر: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م (752) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 4/ ص465).

ويلاحظ أن المشروع أغفل نص المادة (556) من التقنين الحالي، الذي يقضي بأنه: «لا يجوز الطعن في الصلح بسبب غلط في القانون». فهذا النص يورد استثناء من القواعد العامة ينتقده الفقه الحديث، فليس هناك مبرر معقول للخروج علىٰ القواعد العامة في الغلط في الصلح، وجعل الغلط في القانون لا يؤثر في صحة العقد، وبهذا الإغفال يصبح من الجائز الطعن في الصلح بسبب الغلط، سواء كان غلطًا في الواقع أو غلطًا في القانون، شأنه في ذلك شأن أي عقد آخر.





البـاب الثـاني

العقود التي تـرد على المنفعة

الفصل الأول
عقد الإيجار

الفرع الأول
الإيجار بوجه عام

(1) أركان الإيجار:

مادة (549): الإيجار عقد ينتفع المستأجر بمقتضاه بشيء معين مدة معينة لقاء أجر معلوم.

هذه المادة تقابل المادة (558) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ أن: «الإيجار عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء أجر معلوم».

ويؤخذ علىٰ نص التقنين الحالي أنه يعرف الإيجار بالتزام يقع علىٰ عاتق المؤجر، مع أن الالتزام أثر للعقد، ويجب أن ينصب التعريف علىٰ محل العقد، وهو العملية القانونية المقصودة منه، والعملية القانونية المقصودة من الإيجار هي انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة، أي حصوله علىٰ منفعة العين، حيث يرتب عقد الإيجار التزامات علىٰ عاتق كل من الطرفين، وهذه الالتزامات ترمي في مجموعها إلىٰ تحقيق العملية القانونية المقصودة من العقد.

ولهذا جاء التعريف في المادة المقترحة علىٰ نحو يتناول فيه محل العقد والعناصر الجوهرية فيه، وهي الشيء المؤجر والأجرة والمدة.

والمادة المقترحة تتفق في جوهر التعريف مع المادة (658) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ أن: «الإيجار تمليك المؤجر للمستأجر منفعة مقصودة من الشيء المؤجر لمدة معينة لقاء عوض معلوم».

وتقابل المادة (722) من التقنين العراقي التي تنص علىٰ أن: «الإيجار تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم لمدة معلومة، وبه يلتزم المؤجر أن يمكن المستأجر من الانتفاع

بالمأجور».

وتقابل المادة (561) من التقنين الكويتي التي تتفق مع المادة (558) من التقنين المصري الحالي.

والتعريف الوارد في المادة المقترحة يتفق في جوهره مع تعريف الفقه الإسلامي، فقد نصت المادة (405) من المجلة علىٰ أن: «الإجارة بيع المنفعة المعلومة في مقابل عوض معلوم». ونصت المادة (564) من مرشد الحيران علىٰ أن: «عقد الإجارة هو تمليك المؤجر للمستأجر منفعة مقصودة من العين المؤجرة في الشرع ونظر العقلاء بعوض يصلح أجرة»، ونصت المادة (240) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة علىٰ أن: «الإجارة عقد لتمليك نفع يقصد شرعًا من العين بعوض»، ونصت المادة (465) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك علىٰ أن: «الإجارة عقد علىٰ تمليك منفعة في نظير عوض بما يدل علىٰ التمليك».

مادة (550): لا يجوز لمن ليس له إلا الإدارة أن يعقد إيجارًا تزيد مدته علىٰ ثلاث سنين إلا بإذن ممن يملكه، فإذا عقد الإيجار لمدة أطول من ذلك؛ انقضت المدة إلىٰ ثلاث سنين، كل هذا ما لم يوجد نص يقضي بغيره.

هذه المادة تتفق في حكمها مع المادة (559) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ أنه: «لا يجوز لمن لا يملك إلا حق الإدارة أن يعقد إيجارًا تزيد مدته علىٰ ثلاث سنوات إلا بترخيص من السلطة المختصة، فإذا عقد الإيجار لمدة أطول من ذلك؛ انقضت المدة إلىٰ ثلاث سنوات، كل هذا ما لم يوجد نص يقضي بغيره».

وقد أدخلت علىٰ نص التقنين الحالي تعديلات لفظية علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة.

والمادة المقترحة تطابق المادة (562) من التقنين الكويتي.

وتتفق في حكمها مع المادة (724) من التقنين العراقي.

انظر: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م (755) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 4/ ص472 و473).

والسند الشرعي للمادة المقترحة أن تقييد سلطة من ليس له إلا الإدارة في التأجير لمدة لا تزيد علىٰ ثلاث سنين مما يملكه ولي الأمر تحقيقًا لمصلحة شرعية معتبرة – هي المحافظة علىٰ حقوق مالك العين المؤجرة، فإذا رأىٰ من يتولىٰ الإدارة أن المصلحة تقتضي التأجير لمدة أطول – كان عليه أن يحصل علىٰ إذن ممن يملكه.

ويلاحظ أنه في الفقه الإسلامي يرىٰ الشافعي أن المالك ليس له أن يؤجر إلا لمدة معقولة حددها بعض أصحابه بسنة، وحددها البعض الآخر بثلاثين سنة، والحجة في ذلك أن ما زاد علىٰ هذه المدة لا تدعو إليه الحاجة، لا سيما وأن الأسعار تتغير من زمن إلىٰ زمن، ويتخرج علىٰ هذا التقييد بالنسبة إلىٰ من لا يملك إلا الإدارة من باب الأولىٰ. راجع: المغني لابن قدامة (ج5/ ص324).

انظر فيما يتعلق بإجارة الوقف: المادة (670) من مرشد الحيران.

مادة (551): الإيجار الصادر ممن له حق الانتفاع يكون بعد انقضاء هذا الحق موقوفًا علىٰ إجازة المالك، فإذا لم يجزه المالك بطل، وفي هذه الحالة يجب أن تراعىٰ المواعيد المقررة للتنبيه بالإخلاء، والمواعيد اللازمة لنقل المحصول.

هذه المادة تقابل المادة (560) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «الإجارة الصادرة ممن له حق المنفعة تنقضي بانقضاء هذا الحق إذا لم يجزها مالك الرقبة، علىٰ أن تراعىٰ المواعيد المقررة للتنبيه بالإخلاء، والمواعيد اللازمة لنقل محصول السنة».

وقد عدل نص التقنين الحالي بحيث إذا صدر الإيجار ممن له حق الانتفاع، ثم انقضىٰ هذا الحق قبل أن تنتهي مدة الإيجار – فإن الإيجار في المدة الباقية منه يكون موقوفًا علىٰ إجازة المالك، إذ إن الإيجار لا ينقضي بانقضاء حق الانتفاع، وإلا لما صح أن ترد عليه الإجازة، فهو يظل قائمًا، ولكنه يكون موقوفًا علىٰ إجازة المالك، فإذا أجازه المالك نفذ وإذا لم يجزه بطل، وفي هذه الحالة لا يجوز إخراج المستأجر فورًا، وإنما يجب أن تراعىٰ المواعيد المقررة للتنبيه بالإخلاء والمواعيد اللازمة لنقل المحصول، حيث يلاحظ أن المنتفع فيما يتعلق بالمدة الباقية من الإيجار بعد انقضاء حقه – يكون قد تصرف في ملك غيره بدون إذنه، ومن ثم يكون الإيجار في المدة الباقية منه موقوفًا

علىٰ إجازة المالك.

والمادة المقترحة تقابل المادة (563/ 1) من التقنين الكويتي التي تنص علىٰ أن: «الإيجار الصادر ممن له حق الانتفاع لا ينفذ بعد انقضاء هذا الحق في مواجهة مالك الرقابة ما لم يقره، علىٰ أن تراعىٰ المواعيد المقررة للتنبيه بالإخلاء، والمواعيد اللازمة لنضج المحصول القائم ونقله».

وتقابل المادة (732) من التقنين العراقي التي تطابق المادة (560) من التقنين المصري الحالي.

والسند الشرعي للمادة المقترحة هو القاعدة التي تقضي بأن الشخص لا يستطيع أن ينقل إلىٰ غيره إلا بمقدار ما يملك، وقد جرىٰ عليها الفقهاء. والمنتفع فيما يتفق بالمدة الباقية من الإيجار بعد انقضاء حقه - يكون قد تصرف في ملك غيره بدون إذنه. انظر في هذا المعنىٰ: للتعليق الموجود في مرشد الحيران علىٰ المادة (626).

مادة (552): من أجر ملك غيره بدون إذنه؛ كانت إجازته موقوفة علىٰ إجازة المالك، وسرىٰ عليها أحكام المادتين (440 و441).

هذه المادة مستحدثة.

ولم يتضمن التقنين الحالي نصًّا في خصوص إيجار ملك الغير، علىٰ خلاف ما نص عليه في خصوص بيع ملك الغير الذي اعتبره الشارع في هذا التقنين قابلًا للإبطال لمصلحة المشتري وغير نافذ في حق المالك م (466 مدني). ولذلك فالرأي في ظل هذا التقنين هو تطبيق القواعد العامة علىٰ إيجار ملك الغير؛ فيكون صحيحًا فيما بين طرفيه، ولكنه لا ينفذ في حق المالك.

وأحكام المادة المقترحة تطبيق للقاعدة العامة التي أخذ بها المشروع فيما يتعلق بالعقد الموقوف، وذلك في المادتين (127و128/ 3) من المشروع، فقد نصت المادة (127) علىٰ أن: «يكون العقد موقوف النفاذ علىٰ الإجازة إذا كان تصرفًا في ملك الغير بدون إذنه»، ونصت المادة (128/ 3) علىٰ أنه: «إذا كان العقد موقوفًا لكونه تصرفًا في ملك الغير بدون إذنه، كانت إجازته للمالك».

وفي هذا التطبيق تقضي المادة المقترحة بسريان أحكام بيع ملك الغير الواردة في المواد (439 و440 و441) من المشروع، وقد رئي ذكر الحكم الأساسي في هذه الأحكام، وهو أن تكون الإجازة موقوفة علىٰ إجازة المالك، ثم الإشارة بتطبيق أحكام المادتين الباقيتين، وهما المادتان (440 و441)، وهذا هو ما اتبعه المشروع بالنسبة إلىٰ العقود الأخرىٰ التي تنطوي علىٰ تصرف في ملك الغير بدون إذنه.

والمادة المقترحة تقابل المادة (725) من التقنين العراقي التي تنص علىٰ أن: «تنعقد إجارة الفضولي موقوفة علىٰ إجازة المالك، فإن كان هذا صغيرًا أو محجورًا وكانت الأجرة ليس فيها غبن فاحش؛ انعقدت إجارة الفضولي موقوفة علىٰ إجازة الولي».

وتقابل المادة (2/660) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ أن: «ينعقد إيجار الفضولي موقوفًا علىٰ إجازة صاحب حق التصرف بشرائطها المعتبرة».

وحكم المادة المقترحة يتفق مع ما يقرره الفقه الإسلامي: فقد نصت المادة (447) من المجلة علىٰ ما يأتي: «تنعقد إجارة الفضولي موقوفة علىٰ إجازة المتصرف».

مادة (553): يجوز أن تكون الأجرة نقودًا، كما يجوز أن تكون أي أداء مالي آخر.

هذه المادة تتفق في حكمها مع المادة (561) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ أنه: «يجوز أن تكون الأجرة نقودًا، كما يجوز أن تكون أي تقدمة أخرىٰ».

وقد عدل هذا النص تعديلًا لفظيًّا، وذلك باستبدال عبارة: «أي أداء مالي آخر» بعبارة: «أي تقدمة أخرىٰ».

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة (736) من التقنين العراقي التي تنص علىٰ أنه: «يصح أن تكون الأجرة نقودًا، كما يصح أن تكون أي مال آخر».

وتتفق في حكمها مع المادة (1/664) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ أنه: «يجوز أن يكون بدل الإيجار عينًا أو دينًا أو منفعة، وكل ما صلح ثمنًا في البيع».

وتتفق في حكمها مع المادة (564) من التقنين الكويتي التي تنص علىٰ أنه: «يجوز أن تكون الأجرة نقودًا، كما يجوز أن تكون أي تقدمة مالية أخرىٰ».

انظر: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م (758) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص476).

وحكم المادة المقترحة يتفق مع ما يقرره الفقه الإسلامي، فقد نصت المادة (463) من المجلة علىٰ أن: «ما صلح أن يكون بدلًا في البيع يصلح أن يكون بدلًا في الإجارة، ويجوز أن يكون بدلًا في الإجارة الشيء الذي لم يصلح أن يكون ثمنًا، مثلًا: يجوز أن يستأجر بستانًا في مقابلة دابة أو سكنىٰ دار». ونصت المادة (464) علىٰ أن: «بدل الإجارة يكون معلومًا بتعيين مقداره إن كان نقدًا كثمن المبيع»، ونصت المادة (465) علىٰ أنه: «يلزم بيان مقدار بدل الإجارة ووصفه إن كان من العروض أو المكيلات أو الموزونات أو العدديات المتقاربة».

مادة (554):

1- يشترط أن تكون الأجرة معلومة علمًا نافيًا للجهالة والغرر.

2- فإذا لم يتفق المتعاقدان علىٰ مقدار الأجرة، أو علىٰ كيفية تقديرها، أو إذا تعذر إثبات مقدار الأجرة - وجب اعتبار أجرة المثل.

الفقرة الأولىٰ من هذه المادة مستحدثة، وهي تقرر الأصل في الحكم، والفقرة الثانية منها تطابق المادة (562) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (738) من التقنين العراقي.

وتتفق في حكمها مع المادة (565) من التقنين الكويتي.

والمادة المقترحة تقابل المادة (663) والمادة (664/ 2) من التقنين الأردني:

فالمادة (663) من هذا التقنين تنص علىٰ أنه: «يشترط أن يكون بدل الإيجار معلومًا وذلك بتعين نوعه ومقداره إن كان من النقود، وبيان نوعه ووصفه وتحديد مقداره إن كان من غير النقود».

والمادة (664/ 2) تنص علىٰ أنه: «إذا كان بدل الإيجار مجهولًا جاز فسخ الإجارة ولزم أجر المثل عن المدة الماضية قبل الفسخ».

انظر: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي

م(759) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4 ص477 و478).

ويتفق حكم المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الإسلامي. فقد نصت المادة (462) من المجلة علىٰ أن: «فساد الإجارة ينشأ بعضه عن كون البدل مجهولًا، وبعضه عن فقدان شرائط الصحة الأخرىٰ. ففي الصورة الأولىٰ: يلزم أجر المثل بالغًا ما بلغ. وفي الصورة الثانية: يلزم أجر المثل بشرط ألا يتجاوز الأجر المسمىٰ». انظر: م(691) من مجلة الأحكام الشرعية.

مادة (555): تبدأ مدة الإيجار من الوقت المعين في العقد، فإذا لم يعين فمن تاريخ العقد.

هذه المادة مستحدثة.

وهي تتفق مع المادة (739) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (669) من التقنين الأردني.

وتتفق مع المادة (566) من التقنين الكويتي.

ويتفق حكمها مع ما يقرره الفقه الإسلامي، فقد نصت المادة (485) من المجلة علىٰ أن: «ابتداء مدة الإجارة يعتبر من الوقت الذي سمىٰ أي عين وذكر عند العقد»، ونصت المادة (486) علىٰ أنه: «إن لم يذكر ابتداء المدة حين العقد يعتبر من وقت العقد»، انظر المادة (564) من مجلة الأحكام الشرعية.

مادة (556):

1- يشترط أن تكون مدة الإيجار معلومة.

2- وإذا عقد الإيجار دون اتفاق علىٰ مدة أو عقد لمدة غير معينة، أو تعذر إثبات المدة المدعاة؛ اعتبر الإيجار منعقدًا للفترة المعينة لدفع الأجرة، وينتهي بانقضاء هذه الفترة بناء علىٰ طلب أحد المتعاقدين، إذا هو نبه علىٰ المتعاقد الآخر بالإخلاء في المواعيد الآتي بيانها:

(أ) في الأراضي الزراعية والأراضي البور: إذا كانت المدة المعينة لدفع الأجرة ستة أشهر أو أكثر؛ يكون التنبيه قبل انتهائها بثلاثة أشهر، فإذا كانت المدة أقل من

ذلك؛ وجب التنبيه قبل نصفها الأخير، مع مراعاة حق المستأجر في المحصول وفقًا للعرف.

(ب) في المنازل والحوانيت والمكاتب والمتاجر والمصانع والمخازن وما إلىٰ ذلك: إذا كانت الفترة المعينة لدفع الأجرة أربعة أشهر أو أكثر؛ وجب التنبيه قبل انتهائها بشهرين، فإذا كانت الفترة أقل من ذلك؛ وجب التنبيه قبل نصفها الأخير.

(ج) في المساكن والغرف المؤنثة وفي أي شيء غير ما تقدم: إذا كانت الفترة المعينة لدفع الأجرة شهرين أو أكثر؛ وجب التنبيه قبل نهايتها بشهر، فإذا كانت أقل من ذلك؛ وجب التنبيه قبل نصفها الأخير.

الفقرة الأولىٰ من هذه المادة مستحدثة، وهي تقرر الأصل في الحكم.

والفقرة الثانية منها تطابق المادة (563) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (741) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (567) من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي:

«1 – إذا عقد الإيجار دون تحديد لمدة أو عقد لمدة غير معينة، أو تعذر إثبات مدته؛ اعتبر الإيجار منعقدًا للمدة المحددة لدفع الأجرة.

2 – وينتهي الإيجار بانقضاء هذه الفترة، إذا نبه أحد المتعاقدين علىٰ الآخر بالإخلاء قبل نصفها الأخير، علىٰ ألا يزيد ميعاد التنبيه علىٰ ثلاثة أشهر».

وتقابل المادة (670) من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي:

«إذا لم تحدد مدة لعقد الإيجار، وقد جرىٰ العرف بأجرة معينة لكل وحدة زمنية – انعقد لازمًا علىٰ وحدة زمنية واحدة، ولكل من الطرفين فسخه في نهايتها، وكلما دخلت وحدة أخرىٰ والطرفان ساكتان؛ تجدد العقد لازمًا عليها.

وإذا حدد الطرفان مدة لدفع الأجرة في تلك الحالة؛ اعتبر الإيجار منعقدًا لتلك المدة، وينتهي بانتهائها».

انظر: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م (761) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص 482 و483).

وفي الفقه الإسلامي: نصت المادة (494) من المجلة علىٰ أنه: «لو استؤجر عقار شهريته كذا درهمًا من دون بيان عدد الأشهر؛ يصح العقد، لكن عند ختام الشهر الأول لكل من الآجر والمستأجر فسخ الإجارة في اليوم الأول وليلته من الشهر الثاني الذي يليه، وأما بعد مضي اليوم الأول وليلته، فليس لهما ذلك، وإن قال أحد العاقدين في أثناء الشهر: فسخت الإجارة تنفسخ في نهاية الشهر. وإن قال في أثناء الشهر فسخت الإجارة اعتبارًا من ابتداء الشهر الآتي. تنفسخ عند حلوله، وإن كانت قد قبضت أجرة شهرين أو أزيد؛ فليس لأحدهما فسخ إجارة الشهر المقبوض أجرته».

مادة (557): إذا كان الإيجار مؤبدًا، أو إذا عقد لمدة تزيد علىٰ ثلاثين سنة، جاز إنهاؤه بعد انقضاء ثلاثين سنة، بناءً علىٰ طلب أحد المتعاقدين، مع مراعاة المواعيد القانونية المنصوص عليها في المادة السابقة، ويكون باطلًا كل اتفاق يقضي بغير ذلك.

هذه المادة مستحدثة.

وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين الحالي يتضمن نصًّا مماثلًا م (76 فقرة أولىٰ)، ولكن لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب حذفته دون أن تشير إلىٰ هذا الحذف في تقريرها (مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص481) في الهامش)، فأدىٰ هذا إلىٰ القياس علىٰ الحكر الذي لا يجوز أن تزيد مدته علىٰ ستين سنة م (999 مدني).

ولذلك رئي النص علىٰ الحكم الوارد في المادة المقترحة؛ لسد النقص الموجود في التقنين الحالي.

فلا يجوز أن يكون الإيجار مؤبدًا، وإذا كانت مدة الإيجار تزيد علىٰ ثلاثين سنة؛ فإنه يكون في حكم العقد المؤبد، ومن ثم لا يجوز، أما إذا كانت مدته لا تزيد علىٰ ثلاثين سنة؛ فإنه يبقىٰ للقاضي حق التقدير في ضوء الظروف، فقد لا تزيد مدته علىٰ ثلاثين سنة، ومع ذلك يستطيع القاضي في ضوء الظروف، وما جرىٰ به العرف بالنسبة إلىٰ العين المؤجرة – أن يعتبره في حكم العقد المؤبد، فلا يجوز.

وإذا عقد الإيجار لمدة تزيد علىٰ الحد الجائز للتوقيت، سواء عقد لمدة تزيد علىٰ

ثلاثين سنة، أو عقد لمدة لا تزيد علىٰ هذا الحد، ولكن اعتبره القاضي في حكم العقد المؤبد؛ فإنه لا يكون باطلًا، وإنما تنقص المدة فيه إلىٰ الحد الجائز.

والمادة المقترحة تطابق المادة (740) فقرة أولىٰ من التقنين العراقي.

وتتفق في حكمها مع المادة (671) فقرة أولىٰ من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (573) من التقنين الكويتي.

انظر: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م (760) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 4/ ص 482 و483).

والسند الشرعي للمادة المقترحة أن تقييد مدة الإيجار بما لا يجاوز ثلاثين سنة مما يملكه ولي الأمر تحقيقًا لمصلحة شرعية معتبرة هي المحافظة علىٰ حقوق كل من المؤجر والمستأجر.

وفي الفقه الإسلامي يرىٰ الشافعي أن المالك ليس له أن يؤجر إلا لمدة معقولة، حددها بعض أصحابه بسنة، وحددها البعض الآخر بثلاثين سنة، والحجة له في ذلك أن ما زاد علىٰ هذه المدة لا تدعو إليه الحاجة، لا سيما وأن الأسعار تتغير من زمن إلىٰ زمن. راجع: المغني لابن قدامة (ج 5/ ص324).

(2) آثار الإيجار:

مادة (558): يلتزم المؤجر أن يسلم المستأجر العين المؤجرة وملحقاتها، في حالة تصلح معها لأن تفي بالمنفعة المقصودة منها، وفقًا لما تم عليه الاتفاق، أو لطبيعة العين.

هذه المادة تتفق في حكمها مع المادة (564) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ أن: «يلتزم المؤجر أن يسلم العين المؤجرة وملحقاتها في حالة تصلح معها لأن تفي بما أعدت له من المنفعة، وفقًا لما تم عليه الاتفاق أو لطبيعة العين».

وقد استبدلت عبارة: «بالمنفعة المقصودة منها» الواردة في المادة المقترحة بعبارة: «بما أعدت له من المنفعة» الواردة في نص التقنين الحالي، تحريًا للدقة في التعبير.

وتتفق في حكمها مع المادة (569) من التقنين الكويتي التي تنص علىٰ أن: «يلتزم

المؤجر بتسليم المأجور وملحقاته في حالة يصلح معها لاستيفاء المنفعة المقصودة».

وتتفق في حكمها مع المادة (677) من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي:

«1- علىٰ المؤجر تسليم المأجور وتوابعه في حالة يصلح معها لاستيفاء المنفعة المقصودة كاملة.

2- ويتم التسليم بتمكين المستأجر من قبض المأجور دون مانع يعوق الانتفاع به مع بقائه في يده بقاء متصلًا حتىٰ تنقضي مدة الإيجار» وتقابل المادة (742) من التقنين العراقي التي تنص علىٰ ما يأتي:

«علىٰ المؤجر بعد قبضه الأجر المسمىٰ المشروط تعجيله، أن يسلم المأجور للمستأجر بالحالة التي عليها وقت العقد، فإن كانت قد تغيرت بفعله أو بفعل غيره تغيرًا يخل بالمنفعة المقصودة؛ فالمستأجر مخير إن شاء قبله، وإن شاء فسخ الإجارة».

انظر: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م (762) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 4/ ص486).

وانظر في الفقه الإسلامي: م (523 و582 و584 و585) من المجلة، والمواد (574، 575، 576، 624) من مجلة الأحكام الشرعية.

مادة (559): يسري علىٰ الالتزام بتسليم العين المؤجرة ما يسري علىٰ الالتزام بتسليم العين المبيعة من أحكام، وعلىٰ الأخص ما يتعلق منها بزمان التسليم ومكانه وتحديد مقدار العين المؤجرة وتحديد ملحقاتها.

هذه المادة تطابق المادة (566) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (748) من التقنين العراقي.

وتتفق في حكمها مع المادة (571) من التقنين الكويتي.

وتتفق في حكمها مع المادة (680) من التقنين الأردني.

انظر: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م (764) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص491).

وانظر في الفقه الإسلامي: م (474 و475 و503 و504 و521 و584 و585) من المجلة.

وقد جاء في المادة (670) من مجلة الأحكام الشرعية أن: «بذل العين المؤجرة - أي عرضها علىٰ المستأجر لاستيفاء نفعها - تسليم لها، ولو امتنع المستأجر من استلامها بلا مانع».

مادة (560):

1- إذا سلمت العين المؤجرة في حالة لا تكون فيها صالحة لأن تفي بالمنفعة المقصودة منها، أو إذا نقصت هذه المنفعة نقصًا كبيرًا؛ جاز للمستأجر أن يطالب المؤجر بإجراء الترميم اللازم للعين، أو يطلب فسخ العقد، أو إنقاص الأجرة بقدر ما نقص من المنفعة، مع التعويض في جميع هذه الحالات إن كان له مقتض.

2- فإذا كانت العين المؤجرة في حالة من شأنها أن تعرض صحة المستأجر، أو من يعيشون معه، أو مستخدميه، أو عماله لخطر جسيم؛ جاز للمستأجر أن يطلب فسخ العقد، ولو كان قد سبق له أن نزل عن هذا الحق.

الفقرة الأولىٰ من هذه المادة تتفق في حكمها مع الفقرة الأولىٰ من المادة (565) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «إذا سلمت العين المؤجرة في حالة لا تكون فيها صالحة للانتفاع الذي أجرت من أجله، أو إذا نقص هذا الانتفاع نقصًا كبيرًا؛ جاز للمستأجر أن يطلب فسخ العقد، أو إنقاص الأجرة بقدر ما نقص من الانتفاع، مع التعويض في الحالتين إذا كان لذلك مقتض».

وقد أدخل على هذه الفقرة التعديلان الآتيان:

1- أجري تعديل لفظي، حيث استبدلت عبارة: «لأن تفي بالمنفعة المقصودة منها» بعبارة: «للانتفاع الذي أجرت من أجله»، واستبدلت كلمة: «المنفعة» بكلمة: «الانتفاع»، وذلك حتىٰ يتسق التعبير مع ما جاء في المادة المقترحة السابقة.

2- أضيف ما يفيد أن للمستأجر الحق في مطالبة المؤجر بإجراء الترميم اللازم للعين لاستكمال ما يستطيع المستأجر أن يطالب به، إذ إن للمستأجر أساسًا أن يطلب

التنفيذ العيني إذا لم يعدل عنه إلىٰ طلب الفسخ، أو إنقاص الأجرة.

أما الفقرة الثانية من النص المقترح فتطابق الفقرة الثانية من المادة (565) من التقنين الحالي.

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة (570) من التقنين الكويتي.

والفقرة الأولىٰ منها تقابل المادتين (744 و745) من التقنين العراقي.

والفقرة الثانية منها تطابق المادة (749) من التقنين العراقي.

وهي تقابل المادة (679) من التقنين الأردني.

انظر: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م (763) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص488 و489).

وفي الفقه الإسلامي: نصت المادة 478 من المجلة علىٰ أنه: «لو فات الانتفاع بالمأجور بالكلية سقطت الأجرة. مثلًا: لو احتاج الحمام إلىٰ التعمير وتعطل في أثناء تعميره، تسقط حصة تلك المدة من الأجرة.

وكذلك لو انقطع ماء الرحىٰ وتعطلت تسقط الأجرة اعتبارًا من وقت انقطاع الماء، ولكن لو انتفع المستأجر بغير صورة الطحن من بيت الرحىٰ يلزمه إعطاء ما أصاب حصة ذلك الانتفاع من بدل الإجارة».

مادة (561):

1- علىٰ المؤجر أن يتعهد العين المؤجرة بالصيانة لتبقىٰ صالحة لأن تفي بالمنفعة المقصودة منها. فيقوم في أثناء الإجارة بجميع الترميمات الضرورية للانتفاع دون الترميمات التأجيرية.

2- وعليه أن يجري الأعمال اللازمة للأسطح من تجصيص أو بياض، وأن يقوم بنزح الآبار والمراحيض ومصارف المياه.

3- ويتحمل المؤجر التكاليف والضرائب المستحقة علىٰ العين المؤجرة، ويلزم بثمن المياه إذا قدر جزافًا، فإذا كان تقديره (بالعداد) كان علىٰ المستأجر. أما ثمن الكهرباء والغاز وغير ذلك مما هو خاص بالاستعمال الشخصي فيتحمله المستأجر.

4- كل هذا ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغيره.

الفقرة الأولىٰ من هذه المادة تتفق في حكمها مع الفقرة الأولىٰ من المادة (567) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «علىٰ المؤجر أن يتعهد العين المؤجرة بالصيانة لتبقىٰ علىٰ الحالة التي سلمت بها، وأن يقوم في أثناء الإجارة بجميع الترميمات الضرورية دون الترميمات «التأجيرية».

وقد دخلت علىٰ هذه الفقرة التعديلات اللفظية الآتية:

1- استبدلت عبارة: «لتبقىٰ صالحة لأن تفي بالمنفعة المقصودة منها» بعبارة: «لتبقىٰ علىٰ الحالة التي سلمت بها»؛ لكي يتسق التعبير مع ما ورد في المادتين السابقتين.

2- استبدلت كلمة: «فيقوم» بعبارة: «وأن يقوم»، نظرًا إلىٰ أن قيام المؤجر بجميع الترميمات الضرورية يعتبر نتيجة تترتب علىٰ التزامه بالصيانة وليس التزامًا آخر حتىٰ نبدأه بواو العطف.

3- أضيفت كلمة «للانتفاع» بعد عبارة «الترميمات الضرورية». لكي يتضح التمييز بينها وبين الترميمات الضرورية لحفظ العين المؤجرة.

والفقرتان الثانية والثالثة من المادة المقترحة تطابقان الفقرتين الثانية والثالثة من المادة (567) من التقنين الحالي.

أما الفقرة الرابعة من المادة المقترحة فتقابل الفقرة الرابعة من المادة (567) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «كل هذا ما لم يقض الاتفاق بغيره». وقد أضيفت عبارة: «أو العرف» بعد كلمة: «الاتفاق» لاستكمال الحكم. وقد كانت الفقرة الرابعة من المادة المقابلة في المشروع التمهيدي م(765) تشتمل علىٰ هذه العبارة، ولكنها حذفت بحجة أن المقرر في النص هو ما جرىٰ العرف به (مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص495 - 497).

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة (750/ 1) من التقنين العراقي التي تنص علىٰ ما يأتي: «علىٰ المؤجر إصلاح وترميم ما حدث من خلل في المأجور أدىٰ إلىٰ إخلال في المنفعة المقصودة منه».

وتتفق في حكمها مع المادة (572) من التقنين الكويتي التي تنص علىٰ أن: «يلتزم المؤجر أن يتعهد المأجور بالصيانة ليبقىٰ في حالة يصلح معها للانتفاع المقصود بأن

يقوم في أثناء مدة الإيجار بجميع الإصلاحات الضرورية طبقًا لما يقضي به العرف، ما لم يتم الاتفاق علىٰ غيره».

وتتفق في حكمها مع ما جاء في المادة (681/ 1) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ أن: «يلزم المؤجر أن يقوم بإصلاح ما يحدث من خلل في المأجور يؤثر في استيفاء المنفعة المقصودة...».

انظر: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م (765)، وما أدخل عليه من تعديل في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 4/ ص494 - 497).

ويتفق حكم المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الإسلامي.

فقد نصت المادة (529) من المجلة علىٰ أن: «أعمال الأشياء التي تخل بالمنفعة المقصودة عائدة إلىٰ الآجر، مثلًا: تطهير الرحىٰ علىٰ صاحبها، كذلك تعمير الدار وطرق الماء وإصلاح منافذه وإنشاء الأشياء التي تخل بالسكنىٰ، وسائر الأمور التي تتعلق بالبناء كلها - لازمة علىٰ صاحب الدار، وإذا امتنع صاحبها عن أعمال هؤلاء؛ فللمستأجر أن يخرج منها إلا أن يكون حين استئجاره إياها كانت علىٰ هذا الحال، وكان قد رآها، فحينئذٍ يكون قد رضي بالعيب، فليس له اتخاذ هذا وسيلة للخروج من الدار بعد، وإن عمل هذه الأشياء المستأجر منه، كانت من قبيل التبرع، فليس له طلب ذلك المصروف من الآجر».

ونصت المادة (530) علىٰ أن: «التعميرات التي أنشأها المستأجر بإذن الآجر إن كانت عائدة لإصلاح المأجور وصيانته عن تطرق الخلل، كتنظيم الكرميت أي القرميد «وهو نوع آجر يوضع علىٰ السطوح لمحافظتها من المطر» - فالمستأجر يأخذ مصروف مثل هذه التعميرات من الآجر، وإن لم يجر بينهما شرط علىٰ أخذه، وإن كانت عائدة لمنافع المستأجر فقط كتعمير المطابخ؛ فليس للمستأجر أخذ مصروفها ما لم يذكر شرط أخذه بينهما».

انظر كذلك: المادة (628) من مرشد الحيران.

مادة (562):

1- إذا لم يقم المؤجر بعد إعذاره بتنفيذ الالتزامات المبينة في المادتين (558 و561)؛ - جاز للمستأجر أن يحصل علىٰ إذن من القضاء في إجراء الترميمات اللازمة للعين المؤجرة بنفسه، وفي استيفاء ما ينفقه استنزالًا من الأجرة، وهذا دون إخلال بحقه في طلب الفسخ أو إنقاص الأجرة.

2- ويجوز للمستأجر دون حاجة إلىٰ إذن من القضاء - أن يقوم بإجراء الترميمات المستعجلة أو الترميمات البسيطة مما يلتزم به المؤجر، سواء كان العيب موجودًا وقت بدء الانقطاع، أو طرأ بعد ذلك، إذا لم يقم المؤجر بعد إعذاره بتنفيذ هذا الالتزام في ميعاد مناسب، علىٰ أن يستوفي المستأجر ما أنفقه استنزالًا من الأجرة.

3- وإذا كانت نفقات الترميمات باهظة لا تتناسب مع الأجرة؛ يعفىٰ المؤجر من التنفيذ العيني، ولا يكون للمستأجر إلا طلب الفسخ، أو إنقاص الأجرة مع التعويض إن كان له مقتض.

الفقرة الأولىٰ من هذه المادة تقابل الفقرة الأولىٰ من المادة (568) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «إذا تأخر المؤجر بعد إعذاره عن القيام بتنفيذ الالتزامات المبينة في المادة السابقة؛ جاز للمستأجر أن يحصل علىٰ ترخيص من القضاء في إجراء ذلك بنفسه، وفي استيفاء ما أنفقه استنزالًا من الأجرة، وهذا دون إخلال بحقه في طلب الفسخ أو إنقاص الأجرة».

وقد أدخل على هذه الفقرة التعديلان الآتيان:

1- **استبدلت عبارة:** «بتنفيذ الالتزامات المبينة في المادتين (558 و561) بعبارة: «بتنفيذ الالتزامات المبينة في المادة السابقة»؛ وذلك لكي يشمل الحكم الإخلال بالالتزام بالتسليم المنصوص عليه في المادة (558) من المشروع، وكذلك الإخلال بالالتزام بالصيانة المنصوص عليه في المادة (561) من المشروع، وهذا في الواقع ما تقضي به القواعد العامة في ظل التقنين الحالي وفي ظل المشروع، مع إضافة حق

المستأجر في أن يستوفي ما أنفقه استنزالًا من الأجرة.

2- أجريت تعديلات لفظية علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة، حيث استبدلت كلمة: «إذن» بكلمة: «ترخيص»، واستبدلت عبارة: «في إجراء الترميمات اللازمة للعين المؤجرة، بنفسه» بعبارة: «في إجراء ذلك بنفسه»، واستبدلت كلمة: «بنفقة» بكلمة: «أنفقه».

أما الفقرة الثانية من المادة المقترحة فتطابق الفقرة الثانية من المادة (568) من التقنين الحالي، مع استبدال كلمة: «إذن» بكلمة: «ترخيص»، واستبدال كلمة: «استنزالًا» بكلمة «خصمًا».

أما الفقرة الثالثة من المادة المقترحة فمستحدثة.

وهي تواجه حالة تكون الأجرة فيها زهيدة نظرًا إلىٰ حالة العين المؤجرة، أو تكون الأجرة محددة بمقتضىٰ تشريع أمر، حيث لا يكون من العدل أن يلزم المؤجر بما يلزم من ترميم لإصلاح العين، إذا كانت نفقات هذا الترميم باهظة بحيث لا تتناسب مع الأجرة، ومن ثم يقتصر حق المستأجر علىٰ طلب الفسخ أو إنقاص الأجرة مع التعويض إن كان له مقتض؛ وذلك لأن النص يفترض أن نفقات الترميم تتناسب مع الأجرة، إذ يقتضي بأن يكون للمستأجر أن يستوفيها استنزالًا من الأجرة، واتساقًا مع حالة العيب في العين المؤجرة، حيث يشترط في إلزام المؤجر بإصلاح العيب ألا يكون من شأن هذا الإصلاح أن يهبط المؤجر، واتساقًا مع ما هو مقرر في التنفيذ العيني من أنه إذا كان في هذا التنفيذ إرهاق للمدين، جاز للقاضي أن يقصر حق الدائن علىٰ دفع تعويض، إذا كان ذلك لا يلحق به ضررًا جسيمًا، وهذا المعيار الاقتصادي هو الذي ينادي به الفقه في الوقت الحاضر.

والفقرتان الأولىٰ والثانية من المادة المقترحة تتفقان في الحكم مع المادة (573) من التقنين الكويتي.

والمادة المقترحة تقابل المادة (750/ 2) من التقنين العراقي التي تنص علىٰ ما يأتي: «وإذا امتنع المؤجر من الترميم؛ كان للمستأجر أن يفسخ الإجارة، أو أن يقوم بالترميم بإذن المحكمة، ويرجع علىٰ المؤجر بما صرف بالقدر المعروف».

وتقابل المادة (681) من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي:

«1- يلزم المؤجر أن يقوم بإصلاح ما يحدث من خلل في المأجور يؤثر في استيفاء المنفعة المقصودة، فإن لم يفعل؛ جاز للمستأجر فسخ العقد، أو الحصول علىٰ إذن من المحكمة يخوله الإصلاح والرجوع علىٰ المؤجر بما اتفق بالقدر المتعارف عليه.

2- إذا كان الخلل الذي يلزم المؤجر إصلاحه عرفًا من الأمور البسيطة أو المستعجلة التي لا تحتمل التأخير، وطلب إليه المستأجر إصلاحه فتأخر أو تعذر الاتصال به؛ جاز للمستأجر إصلاحه واقتطاع نفقته بالقدر المعروف من بدل الإيجار».

انظر في الفقه الإسلامي: المادتين (529 و530) من المجلة اللتين تقدم ذكرهما تعليقًا علىٰ المادة السابقة، وانظر كذلك المادة (628) من مرشد الحيران.

وقد جاء في قواعد ابن رجب (137 - 139): أن من أنفق علىٰ مال غيره لتعلق حقه به - كان له الرجوع عليه بما أنفق، والرجوع بعد استئذان القاضي محل اتفاق بين الفقهاء، وكذلك حالة الاستعجال بعد الإعذار.

مادة (563):

1- إذا هلكت العين المؤجرة أثناء الإيجار هلاكًا كليًّا؛ انفسخ العقد من تلقاء ذاته.

2- أما إذا كان هلاك العين جزئيًّا، أو إذا أصبحت العين في حالة لا تصلح معها لأن تفي بالمنفعة المقصودة منها، أو نقصت هذه المنفعة نقصًا كبيرًا، ولم يكن للمستأجر يد في شيء من ذلك؛ فيجوز له إذا لم يقم المؤجر في ميعاد مناسب بإعادة العين إلىٰ الحالة التي كانت عليها - أن يطلب بحسب الأحوال إما إنقاص الأجرة أو فسخ الإيجار، دون إخلال بما له من حق في أن يقوم بنفسه بتنفيذ التزام المؤجر وفقًا لأحكام المادة السابقة.

3- وفي الحالات المنصوص عليها في الفقرة السابقة، تسري أحكام الفقرة الثالثة من المادة السابقة، إذا كانت نفقات تجديد العين أو ترميمها باهظة لا تتناسب مع الأجرة.

الفقرة الأولىٰ من هذه المادة تطابق الفقرة الأولىٰ من المادة (569) من التقنين

الحالي، مع تعديل لفظي باستبدال عبارة: «من تلقاء ذاته» بعبارة: «من تلقاء نفسه».

والفقرة الثانية من المادة المقترحة تطابق الفقرة الثانية من المادة (569) من التقنين الحالي، مع تعديل لفظي باستبدال عبارة: «لا تصلح معها لأن تفي بالمنفعة المقصودة منها، أو نقصت هذه المنفعة» بعبارة: «تصلح معها للانتفاع الذي أجرت من أجله، أو نقص هذا الانتفاع»، واستبدال عبارة: «بحسب الأحوال» بعبارة: «تبعًا للظروف».

وقد حذفت الفقرة الثالثة من المادة (569) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «ولا يجوز للمستأجر في الحالتين السابقتين أن يطلب تعويضًا إذا كان الهلاك أو التلف يرجع إلىٰ سبب لا يد للمؤجر فيه»؛ وذلك لأنها مجرد تطبيق للقواعد العامة لا يحتاج إلىٰ نص.

أما الفقرة الثالثة من المادة المقترحة فمستحدثة.

وهي كما سبق القول في حالتي تسليم العين المؤجرة والترميمات الضرورية للانتفاع بها - تواجه حالة تكون نفقات تجديد العين أو ترميمها باهظة لا تتناسب مع الأجرة، بحيث تؤدي إلىٰ إرهاق المؤجر أو تحميله ما لا طاقة له به، حيث تسري أحكام الفقرة الثالثة من المادة (562)، فيعطي المؤجر من التنفيذ العيني، ولا يكون للمستأجر إلا طلب الفسخ أو إنقاص الأجرة مع التعويض إن كان له مقتض.

والفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة تطابق الفقرة الأولىٰ من المادة (751) من التقنين العراقي.

وتقابل الفقرة الأولىٰ من المادة (575) من التقنين الكويتي التي تنص علىٰ أنه: «إذا هلك المأجور أثناء مدة الإيجار لسبب أجنبي لا يد لأحد العاقدين فيه هلاكًا كليًّا؛ انفسخ العقد من تلقاء نفسه».

والفقرتان الثانية والثالثة من المادة المقترحة تتفقان في الحكم مع الفقرة الثانية من المادة (575) من التقنين الكويتي.

وتقابلان الفقرتين الثانية والثالثة من المادة (751) من التقنين العراقي التي تنص علىٰ ما يأتي:

«2- أما إذا أصبح في حالة لا يصلح معها للانتفاع الذي أجر من أجله، أو نقص هذا

الانتفاع نقصًا كبيرًا، ولم يكن للمستأجر يد في شيء من ذلك؛ جاز له إذا لم يقم المؤجر في ميعاد مناسب بإعادة المأجور إلىٰ الحالة التي كان عليها - أن يطلب إما إنقاص الأجرة أو فسخ الإجارة.

3- ولا يجوز للمستأجر في الحالتين السابقتين أن يطلب تعويضًا إذا كان الهلاك أو التلف يرجع إلىٰ سبب لا يد للمؤجر فيه».

وفي الفقه الإسلامي في هذا الصدد نصت المادة (485) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك علىٰ ما يأتي:

«يفسخ عقد الإجارة بتعذر ما تستوفىٰ منه المنفعة إن كان معينًا في العقد لاستيفائها منه، ويكون علىٰ المستأجر من الأجرة بنسبة ما استوفاه من المنفعة، وإذا زال التعذر قبل انتهاء مدة الإجارة وقبل قيام المستأجر بفسخ العقد؛ فلا حق له في فسخه، ويسقط عنه من الأجرة ما يقابل المدة التي تعذر فيها الاستيفاء، وأما إذا كان ما تستوفىٰ منه المنفعة غير معين في العقد؛ فلا يفسخ عقد الإجارة بتعذر استيفائها منه».

وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة: أن المراد بفسخ العقد بتعذر ما يستوفىٰ منه المنفعة - أن الفسخ حق للمستأجر، لا أنه واجب لذاته، والمراد بتعذر ما تستوفىٰ منه المنفعة هو تعذر استيفائها منه كانهدام الدار وتلف الدابة أو السيارة أو السفينة، ونحو ذلك من كل مانع يتعذر معه استيفاء المنفعة منه.

انظر في هذا: الشرح الصغير وحاشيته (ج2/ ص307 و308)، والشرح الكبير وحاشيته (ج 4/ ص27).

وجاء في المغني لابن قدامة أنه إذا وقعت الإجارة علىٰ عين فتلفت؛ انفسخ العقد بتلفها (ج5/ ص 352، مسألة 4153).

مادة (564):

1- للمؤجر الحق في إجراء الترميمات المستعجلة التي تكون ضرورية لحفظ العين المؤجرة، ولو عارض المستأجر علىٰ أنه إذا ترتب علىٰ هذه الترميمات إخلال كلي أو جزئي بالانتفاع بالعين؛ جاز للمستأجر أن يطلب بحسب الأحوال إما فسخ

الإيجار أو إنقاص الأجرة.
2- ومع ذلك إذا بقي المستأجر في العين المؤجرة إلىٰ أن تتم الترميمات؛ سقط حقه في طلب الفسخ.

هذه المادة تطابق المادة (570) من التقنين الحالي، مع تعديل لفظي، وذلك باستبدال عبارة: «للمؤجر الحق في إجراء الترميمات المستعجلة التي تكون ضرورية لحفظ العين المؤجرة، ولو عارض المستأجر» بعبارة: «لا يجوز للمستأجر أن يمنع المؤجر من إجراء الترميمات المستعجلة التي تكون ضرورية لحفظ العين المؤجرة»، وباستبدال عبارة: «بحسب الأحوال» بعبارة: «تبعًا للظروف».

وتتفق في حكمها مع المادة (752) من التقنين العراقي.

وتتفق في حكمها مع المادة (574) من التقنين الكويتي.

انظر: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م (768) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص504).

ويتفق حكم المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الإسلامي، فقد نصت المادة (631) من مرشد الحيران علىٰ أنه: «إذا احتاجت الدار المستأجرة لعمارة ضرورية لصيانتها، فلا يمنع المستأجر المؤجر من إجرائها، فإن ترتب علىٰ العمارة ما يضر بالسكنىٰ أو يخل بالمنفعة، فالمستأجر بالخيار بين الفسخ وعدمه».

مادة (565):
1- علىٰ المؤجر أن يمنع عن كل ما من شأنه أن يحول دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة، ولا يجوز له أن يحدث بالعين أو بملحقاتها أي تغيير يخل بهذا الانتفاع.
2- ويعتبر التعرض الصادر من أحد أتباع المؤجر بمثابة تعرض صادر من المؤجر نفسه.

الفقرة الأولىٰ من هذه المادة تطابق الفقرة الأولىٰ من المادة (571) من التقنين الحالي.

والفقرة الثانية من المادة المقترحة تقابل الفقرة الثانية من المادة (571) من التقنين الحالي، التي تنص علىٰ ما يأتي: «ولا يقتصر ضمان المؤجر علىٰ الأعمال التي تصدر منه أو من أتباعه، بل يمتد هذا الضمان إلىٰ كل تعرض أو إضرار مبني علىٰ سبب قانوني يصدر من أي مستأجر آخر، أو من أي شخص تلقىٰ الحق عن المؤجر».

وقد رئي حذف هذا النص والاقتصار علىٰ ما ورد في الفقرة الثانية من المادة المقترحة، فقد اختلف الفقهاء في حالة ما إذا خول المؤجر الغير حقًّا عينيًّا أو شخصيًّا يتعارض مع حق المستأجر ويحتج به عليه، كأن يبيع المؤجر العين، ولا يكون للإيجار تاريخ ثابت قبل انتقال الملكية، فيكون للمشتري أن يخرج المستأجر من العين، أو يخول الغير حق ارتفاق من شأنه أن ينقص من انتفاع المستأجر بالعين، أو يرهن العين رهن حيازة فتنتقل حيازتها إلىٰ الدائن المرتهن، فيحول ذلك دون انتفاع المستأجر بالعين، أو يؤجر العين لمستأجر آخر تكون له الأفضلية علىٰ المستأجر الأول، حيث ذهب فريق إلىٰ أن هذا يعتبر تعرضًا قانونيًّا من المؤجر، وذهب فريق آخر إلىٰ اعتبار هذا التعرض تعرضًا قانونيًّا صادرًا من المؤجر ومن الغير في وقت واحد، وذهب فريق ثالث إلىٰ أنه في هذه الحالة يوجد نوعان من التعرض، أحدهما تعرض مادي من المؤجر يقوم علىٰ تصرف قانوني، والآخر تعرض قانوني من الغير، وكلاهما يضمنه المؤجر.

والواقع أن التعرض في مثل هذه الحالات إنما هو تعرض قانوني من الغير، وليس من المؤجر، صحيح أن التعرض القانوني الصادر من الغير قد يستند إلىٰ تصرف صادر من المؤجر كما هو الشأن في الحالة التي نحن بصددها، ولكن مجرد صدور مثل هذا التصرف من المؤجر لا يكفي للقول بأن المؤجر قد تعرض تعرضًا ماديًّا أو قانونيًّا؛ لأن التعرض يشترط فيه أن يقع بالفعل، والذي يحصل عملًا ألا تتحرك مسئولية المؤجر إلا حينما يدعي الغير بالفعل أن له حقًّا يتعارض مع حق المستأجر، فتكون بصدد تعرض قانوني من الغير.

وفي ضوء هذا رئي الاقتصار علىٰ ما ورد في الفقرة الثانية من المادة المقترحة.

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة (581) من التقنين الكويتي.

والفقرة الأولىٰ منها تتفق في حكمها مع الفقرة الأولىٰ من المادة (753) من التقنين

العراقي.

وتتفق في حكمها مع الفقرة الأولىٰ من المادة (684) من التقنين الأردني.

والفقرة الثانية من المادة المقترحة تقابل الفقرة الثانية من المادة (753) من التقنين العراقي، وهذه تطابق الفقرة الثانية من المادة (571) من التقنين المصري الحالي.

وتقابل الفقرة الثانية من المادة (684) من التقنين الأردني، وهذه تطابق الفقرة الثانية من المادة (571) من التقنين الحالي.

وحكم الفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة يتفق مع ما يقرره الفقه الإسلامي، فقد نصت المادة (632) من مرشد الحيران علىٰ أنه: «لا يجوز للمؤجر أن يتعرض للمستأجر في استيفائه المنفعة مدة الإجارة، ولا أن يحدث في العين المؤجرة تغييرًا يمنع من الانتفاع بها، أو يخل بالمنفعة المقصودة عليها».

كما نصت المادة (633) علىٰ أنه: «إذا سلم المؤجر جميع الدار للمستأجر، ثم تعرض له ونزع منها بيتًا من بيوتها؛ رفع عن المستأجر من الأجر بقدر حصته.

وكذلك الحكم إذا شغل المؤجر بمتاعه بيتًا من الدار المستأجرة؛ فإن حصته تسقط من الأجرة المسماة».

انظر أيضًا: المادة (678) من مجلة الأحكام الشرعية.

أما حكم الفقرة الثانية من المادة المقترحة فيستند إلىٰ قواعد الشرع في باب الضمان، باعتبار أن أتباع المؤجر يكونون في وضع يجعل أفعالهم منسوبة إلىٰ المؤجر.

مادة (566): يضمن المؤجر التعرض الصادر من الغير إذا كان مبنيًّا علىٰ سبب قانوني.

هذه المادة مستحدثة.

وقد رئي إيرادها عقب المادة السابقة التي تتناول ضمان المؤجر لتعرضه الشخصي، إذ إن التقنين الحالي نص بطريقة مباشرة علىٰ ضمان المؤجر لتعرضه الشخصي م (571 مدني)، وعدم ضمانه للتعرض المادي الصادر من الغير م (575 مدني)، بينما تناول بطريقة غير مباشرة التعرض الصادر من الغير المبني علىٰ سبب

قانوني م (572 مدني).

وقد راعىٰ المشروع في ترتيب المواد أن يبدأ بالنص علىٰ ضمان المؤجر لتعرضه الشخصي، ثم ضمانه للتعرض الصادر من الغير المبني علىٰ سبب قانوني، ثم عدم ضمانه للتعرض المادي الصادر من الغير، وبعد ذلك يتناول بعض صور التعرض.

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (578) من التقنين الكويتي التي تنص علىٰ أنه: «لا يضمن المؤجر للمستأجر التعرض الصادر من الغير إلا إذا كان مبنيًّا علىٰ سبب قانوني».

والسند الشرعي للمادة المقترحة أن عقد الإيجار يقتضي نقل ملكية المنفعة إلىٰ المستأجر، فإذا ادعىٰ الغير حقًّا ينافي مقتضىٰ عقد الإيجار؛ ضمن المؤجر هذا التعرض، وهذا يتفق مع قواعد الشرع في باب الضمان بالتسبب.

مادة (567):

1- إذا ادعىٰ الغير حقًّا يتعارض مع ما للمستأجر من حقوق بمقتضىٰ عقد الإيجار؛ وجب علىٰ المستأجر أن يبادر إلىٰ إخطار المؤجر بذلك، وله أن يخرج من الدعوىٰ، وفي هذه الحالة لا توجه الإجراءات إلا إلىٰ المؤجر.

2- فإذا ترتب علىٰ هذا الادعاء أن حرم المستأجر فعلًا من الانتفاع الذي له بموجب عقد الإيجار؛ جاز له بحسب الأحوال أن يطلب الفسخ أو إنقاص الأجرة مع التعويض إن كان له مقتض.

هذه المادة تطابق المادة (572) من التقنين الحالي، مع استبدال كلمة: «الغير» في صدر الفقرة الأولىٰ بكلمة: «أجنبي»، واستبدال عبارة: «بحسب الأحوال» في الفقرة الثانية بعبارة: «تبعًا للظروف».

وتطابق المادة (754) من التقنين العراقي فيما عدا الكلمة التي تم استبدالها.

وتطابق المادة (577) من التقنين الكويتي، فيما عدا أن هذا التقنين لا ينص علىٰ خروج المستأجر من الدعوىٰ وتوجيه الإجراءات إلىٰ المؤجر.

والفقرة الثانية فيها تتفق في حكمها مع المادة (685) من التقنين الأردني.

انظر: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م

(771) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 4/ ص509).

والسند الشرعي للمادة المقترحة أن وجوب الإخطار علىٰ المستأجر وما يؤدي إليه من تدخل المؤجر في الدعوىٰ - من شأنه أن يكفل المحافظة علىٰ مصالح الطرفين، فهو حكم تقتضيه القواعد الشرعية.

مادة (568):

1- لا يضمن المؤجر للمستأجر التعرض المادي الصادر من الغير، ما دام المتعرض لا يدعىٰ حقًّا، ولكن هذا لا يخل بما للمستأجر من الحق في أن يرفع باسمه علىٰ المتعرض دعوىٰ المطالبة بالتعويض وجميع دعاوىٰ الحيازة.

2- علىٰ أنه إذا وقع التعرض المادي بسبب لا يد للمستأجر فيه، وكان هذا التعرض من الجسامة بحيث يحرم المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة؛ جاز له بحسب الأحوال أن يطلب فسخ العقد أو إنقاص الأجرة.

هذه المادة تطابق المادة (575) من التقنين الحالي، مع استبدال عبارة: «دعاوىٰ الحيازة» في الفقرة الأولىٰ بعبارة: «دعاوىٰ وضع اليد»، واستبدال عبارة: «بحسب الأحوال» في الفقرة الثانية بعبارة: «تبعًا للظروف».

وتتفق في حكمها مع المادة (579) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (755) من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي:

«1- إذا غصب المأجور ولم يتمكن المستأجر من رفع يد الغاصب؛ جاز له أن يطلب فسخ العقد أو إنقاص الأجرة.

2- فإذا قصر في رفع يد الغاصب وكان ذلك ممكنًا له، ولم ينذر المؤجر بوقوع الغصب؛ فلا تسقط عنه الأجرة، وله أن يرفع علىٰ الغاصب الدعوىٰ بالتعويض».

انظر: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م (774) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 4/ ص516 - 518).

وحكم المادة المقترحة يتفق مع ما يقرره الفقه الإسلامي.

فقد نصت المادة (634) من مرشد الحيران علىٰ أنه: «إذا عرض في مدة الإجارة ما يمنع من الانتفاع بالعين المؤجرة: بأن غصبت الدار المستأجرة منه، ولم يتمكن بأي وسيلة كانت من رفع يد الغاصب؛ سقطت الأجرة عن المستأجر، ولو عرض ذلك في بعض المدة؛ سقطت الأجرة بقدره». ونصت المادة (635) علىٰ أنه: «إذا قصر المستأجر في رفع يد الغاصب وكان ذلك ممكنًا؛ فلا تسقط عنه الأجرة، ولو أمكنه ذلك بإنفاق مال؛ لا يلزمه ذلك، وتسقط عنه الأجرة».

ونصت المادة (254) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة علىٰ أنه: «يسقط الأجر في الإجارة بالغصب إن فاتت المنفعة». وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة أن الإجارة علىٰ قول تنفسخ بالغصب، فإذا زال الغصب قبل انقضاء المدة، فلا يستوفي المستأجر ما بقي من المدة ولا أجر عليه، وعلىٰ قول آخر: إنها لا تنفسخ بالغصب، فإذا زال الغصب قبل انقضاء المدة؛ استوفىٰ المستأجر ما بقي من المدة وعليه الأجر بحسابه».

انظر أيضًا: المادة (565) من مجلة الأحكام الشرعية.

مادة (569):

1- إذا تعدد المستأجرون لعين واحدة؛ فضل من سبق منهم إلىٰ إثبات تاريخ عقده، فإذا لم يكن عقد أي منهم ثابت التاريخ؛ فضل من سبق إلىٰ وضع يده وهو حسن النية.

2- وإذا لم يوجد سبب لتفضيل أحد المستأجرين؛ فليس لهم فيما تعارضت فيه حقوقهم إلا طلب التعويض.

هذه المادة تقابل المادة (573) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- إذا تعدد المستأجرون لعين واحدة؛ فضل من سبق منهم إلىٰ وضع يده عليها دون غش، فإذا كان مستأجر عقار قد سجل عقده وهو حسن النية قبل أن يضع مستأجر آخر يده علىٰ العقار المؤجر أو قبل أن يتجدد عقد إيجاره؛ فإنه هو الذي يفضل.

2- فإذا لم يوجد سبب لتفضيل أحد المستأجرين؛ فليس لهم فيما تعارضت فيه

حقوقهم إلا طلب التعويض».

وقد عدلت الفقرة الأولىٰ من هذه المادة علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة، وذلك علىٰ خلاف ما تقضي به القواعد العامة، فهذه القواعد تقضي بأن الدائنين متساوون بصرف النظر عن تواريخ نشوء حقوقهم، إذ المستأجر دائن عادي، ولا يقدح في هذه المساواة أن يكون عقد أحدهم ثابت التاريخ، ومن ثم فطبقًا لهذه القواعد تكون الأفضلية للدائن الذي يسبق إلىٰ استيفاء دينه، أي تفضيل المستأجر الذي يسبق إلىٰ وضع يده علىٰ العين المؤجرة قبل غيره.

ولكن رئي النص علىٰ ما يخالف هذه القواعد بتفضيل المستأجر الذي يسبق إلىٰ إثبات تاريخ عقده؛ لأن المستأجر الذي يسبق غيره في إبرام الإيجار يكون قد تملك المنفعة، وبذلك يكون الإيجار الصادر بعد ذلك من المؤجر تصرفًا في ملك الغير.

وفي نصوص الفقه الإسلامي ما يدعو إلىٰ الأخذ بهذا الحل، فقد نصت المادة (589) من المجلة في هذا الصدد علىٰ أنه: «لو أجر أحد ماله علىٰ مدة معلومة لآخر بإجارة لازمة، ثم أجره أيضًا تلك المدة تكرارًا لغيره؛ لا ينعقد ولا تنفذ الإجارة الثانية ولا تعتبر».

انظر أيضًا: المادة (588) من مجلة الأحكام الشرعية.

مادة (570): إذا ترتب علىٰ عمل من جهة حكومية، ولو في حدود القانون، نقص كبير في الانتفاع بالعين المؤجرة؛ جاز للمستأجر بحسب الأحوال أن يطلب فسخ العقد أو إنقاص الأجرة، ما لم يكن عمل الجهة الحكومية لسبب يرجع إليه، وله أن يطالب المؤجر بالتعويض إذا كان عمل الجهة الحكومية قد صدر بسبب يكون المؤجر مسئولًا عنه.

هذه المادة تقابل المادة (574) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«إذا ترتب علىٰ عمل من جهة حكومية في حدود القانون - نقص كبير في الانتفاع بالعين المؤجرة - جاز للمستأجر تبعًا للظروف أن يطلب فسخ العقد أو إنقاص الأجرة، وله أن يطالب المؤجر بتعويضه إذا كان عمل الجهة الحكومية قد صدر لسبب يكون

المؤجر مسئولًا عنه، كل هذا ما لم يقض الاتفاق بغيره».

وقد أدخلت على هذه المادة التعديلات الآتية:

1- استبدلت عبارة: «ولو في حدود القانون» بعبارة: «في حدود القانون»؛ لكي يتضح أن الحكم واحد، سواء كان عمل الجهة الحكومية موافقًا للقانون أو مخالفًا له.

2- أضيف ما يفيد أن المستأجر لا يحق له أن يطلب فسخ العقد أو إنقاص الأجرة، إذا كان عمل الجهة الحكومية لسبب يرجع إليه.

3- استبدلت عبارة: «بحسب الأحوال» بعبارة: «تبعًا للظروف»، واستبدلت كلمة: «بالتعويض» بكلمة: «بتعويضه».

4- حذفت العبارة الأخيرة التي تقول: «كل هذا ما لم يقض الاتفاق بغيره»؛ وذلك لأن المشروع لا يجيز الاتفاق علىٰ ما يخالف أحكام ضمان التعرض.

وحكم المادة المقترحة فيما يتعلق بحق المستأجر في طلب الفسخ أو إنقاص الأجرة - يتفق مع ما يقرره الفقه الإسلامي إذا عرض ما يمنع من الانتفاع بالعين المؤجرة، كما هو الحال إذا غصبت العين، حيث تسقط الأجرة عن المستأجر خلال المدة التي يقوم فيها هذا العارض، كما يجوز له أن يطلب الفسخ. انظر في هذا: المادتين (634 و635) من مرشد الحيران، والمادة (254) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة، وما جاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة الأخيرة، وقد تقدم ذكر كل ذلك.

أما انتفاء حق المستأجر في طلب الفسخ أو إنقاص الأجرة إذا كان عمل الجهة الحكومية لسبب يرجع إليه، وثبوت حقه في طلب التعويض من المؤجر إذا كان عمل الجهة الحكومية لسبب يسأل عنه المؤجر - فيتفق مع قواعد الشرع في باب الضمان بالتسبب.

وانظر أيضًا: المادة (551) من مجلة الأحكام الشرعية.

والمادة المقترحة تقابل المادة (486) من التقنين الكويتي التي تتفق في حكمها مع المادة (574) من التقنين المصري الحالي.

وتقابل المادة (698) من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي:

«1- إذا صدر عن السلطات المختصة ما يمنع الانتفاع الكلي بالمأجور دون سبب من المستأجر - تنفسخ الإجارة، وتسقط الأجرة من وقت المنع.

2- وإذا كان المنع يخل بنفع بعض المأجور بصورة يؤثر في استيفاء المنفعة المقصودة للمستأجر - فسخ العقد ويسقط عنه الأجر من وقت قيامه بإعلام المؤجر».

مادة (571):

أ - لا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا علىٰ زيادة ضمان التعرض أو إنقاصه أو إسقاطه.

2- ولا يمنع علم المستأجر بسبب التعرض من وجوب الضمان علىٰ المؤجر.

هذه المادة تقابل المادة (578) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«يقع باطلًا كل اتفاق يتضمن الإعفاء أو الحد من ضمان التعرض أو العيب، إذا كان المؤجر قد أخفىٰ عن غش سبب هذا الضمان».

وتقابل المادة (759) من التقنين العراقي التي تطابق المادة (578) من التقنين المصري الحالي.

وتقابل المادة (689) من التقنين الأردني التي تطابق المادة (578) من التقنين المصري الحالي.

وتقابل المادة (584) من التقنين الكويتي التي تتفق في حكمها مع المادة (578) من التقنين المصري الحالي.

وقد رئي الأخذ في المادة المقترحة بما يخالف ما هو مستقر في الفقه من جواز الاتفاق علىٰ زيادة ضمان التعرض، أو إنقاصه، أو إسقاطه علىٰ نحو يكون الحكم فيه مطلقًا، فلا يجوز الاتفاق علىٰ زيادة ضمان التعرض، ولا يجوز الاتفاق علىٰ إنقاص هذا الضمان أو إسقاطه، سواء تعمد المؤجر إخفاء سبب التعرض، أو لم يتعمد ذلك، ويكون المؤجر مسئولًا عن أي تعرض، سواء نشأ هذا التعرض من فعله، أو نشأ من فعل الغير، وكان مبنيًّا علىٰ سبب قانوني، وسواء كان المستأجر يعلم وقت الإيجار سبب التعرض أو لا يعلمه.

وذلك علىٰ نسق ما أخذ به المشروع في البيع في المادة (413)، واتساقًا مع ما قرره

المشروع في المادة (229) منه التي تنص علىٰ ما يأتي:

«1- لا يجوز الاتفاق علىٰ أن يتحمل المدين تبعة القوة القاهرة.

2- وكذلك لا يجوز الاتفاق علىٰ إعفاء المدين من المسئولية المترتبة علىٰ عدم تنفيذ التزامه التعاقدي».

وقد رأينا أن ما جاء في المادة (229) من المشروع روعي فيه مبدأ أساسي في الشريعة الإسلامية، هو ما جاء في الآية الكريمة: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: 1]، مما لا يسوغ معه أن يتفق مقدمًا علىٰ إعفاء المدين من المسئولية المترتبة علىٰ عدم تنفيذ التزامه مقدمًا علىٰ زيادة مسئولية المدين والإعفاء منها.

وهذا المبدأ الشرعي هو الذي روعي أيضًا في حكم المادة المقترحة، كما سبق أن روعي في البيع. (انظر تفصيلًا لذلك في المذكرة الإيضاحية للمادة (413) من المشروع).

وما تقضي به الفقرة الثانية من المادة المقترحة يتفق مع القواعد العامة، فلا يمنع علم المستأجر بسبب التعرض من وجوب الضمان علىٰ المؤجر، إذ إن المستأجر قد يعتقد أن المؤجر سيدفع تعرض الغير الذي يدعي حقًّا يتعارض مع حق المستأجر، فإذا لم يتحقق ما يعتقده المستأجر رجع بضمان التعريض علىٰ المؤجر.

ويتفق حكم المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الإسلامي في خصوص البيع م (492 و494) من مرشد الحيران، وقياسًا علىٰ ذلك جاء حكم المادة المقترحة؛ إذ إن الإيجار في حقيقته ينطوي علىٰ بيع للمنفعة، وهو ما يقول به الفقه الإسلامي.

هذا، وفي نصوص الفقه الإسلامي ما ينفي جواز الاتفاق علىٰ تعديل أحكام الضمان، فقد جاء في المغني لابن قدامة (ج5/ ص396، مسألة 4230) ما يأتي: «فإن شرط المؤجر علىٰ المستأجر ضمان العين فالشرط فاسد؛ لأنه ينافي مقتضىٰ العقد، ولأن ما لا يجب ضمانه لا يصيره الشرط مضمونًا، وما يجب ضمانه لا ينتفي ضمانه بشرط نفيه».

كما نصت المادة (475) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك علىٰ أن: «المستأجر أمين فيما وضع يده عليه بعقد الإجارة، فلا يضمنه إذا ضاع أو

تلف إلا إذا كان الضياع أو التلف بسبب التفريط أو التعدي، فإن شرط الضمان عليه ابتداء فسد عقد الإجارة».

انظر أيضًا: المادة (544) من مجلة الأحكام الشرعية.

مادة (572):

1- يضمن المؤجر للمستأجر جميع ما يوجد في العين المؤجرة من عيوب تحول دون الانتفاع بها، أو تنقص من هذا الانتفاع إنقاصًا كبيرًا، ولكنه لا يضمن العيوب التي جرىٰ العرف بالتسامح فيها، وهو مسئول كذلك عن خلو العين من صفات تعهد صراحة بتوافرها، أو خلوها من صفات يقتضيها الانتفاع بها.

2- ومع ذلك لا يضمن المؤجر العيب إذا كان المستأجر يعلم به وقت التعاقد، أو كان يستطيع أن يتبينه لو أنه فحص العين بعناية الرجل العادي، إلا إذا أثبت المستأجر أن المؤجر قد أكد له خلو العين من هذا العيب.

الفقرة الأولىٰ من هذه المادة تتفق في حكمها مع الفقرة الأولىٰ من المادة (576) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «يضمن المؤجر للمستأجر جميع ما يوجد في العين المؤجرة من عيوب تحول دون الانتفاع بها، أو تنقص من هذا الانتفاع إنقاصًا كبيرًا، ولكنه لا يضمن العيوب التي جرىٰ العرف بالتسامح فيها، وهو مسئول عن خلو العين من صفات تعهد صراحة بتوافرها، أو عن خلوها من صفات يقتضيها الانتفاع بها، كل هذا ما لم يقض الاتفاق بغيره».

وقد أدخل علىٰ هذه الفقرة تعديلان لفظيان، وذلك بإضافة كلمة: «كذلك» بعد عبارة: «وهو مسئول»، وحذف حرف: «عن» قبل عبارة: «خلوها من صفات»، كما حذفت منها عبارة: «كل هذا ما لم يقض الاتفاق بغيره»؛ لأن هذا الحكم سيرد في مادة تالية.

والفقرة الثانية من المادة المقترحة تقابل الفقرة الثانية من المادة (576) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «ومع ذلك لا يضمن المؤجر العيب إذا كان المستأجر قد أخطر به، أو كان يعلم به وقت التعاقد». وقد كان النص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م (776) - يتضمن في نهايته العبارة الآتية: «وكذلك لا يضمن

المؤجر العيب إذا كان يسهل علىٰ المستأجر أن يتحقق من وجوده، إلا إذا أعلن المؤجر خلو العين من هذا العيب». ولكن حذفت هذه العبارة في جلسة مجلس الشيوخ، بحجة أنها تتناول مسألة تفصيلية رئي أن في القواعد العامة ما يغني عن تنظيمها بحكم خاص (مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 519 و521 و522)، والواقع أن هذه العبارة كانت تنص علىٰ شرط الخفاء الواجب توافره في العيب الذي يضمنه المؤجر، ولذلك رئي أن يضاف في الفقرة الثانية من المادة المقترحة ما يتضمن هذا الشرط، علىٰ غرار ما نص عليه في عقد البيع. انظر: م (414) من المشروع، وهي تطابق م (447) من التقنين الحالي.

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادتين (756 و757) من التقنين العراقي.

وتتفق في حكمها مع المادة (686) من التقنين الأردني، فيما عدا أن هذا التقنين لا ينص علىٰ مسئولية المؤجر عن خلو العين من صفات تعهد بتوافرها، أو خلوها من صفات يقتضيها الانتفاع بها.

وتتفق في حكمها مع المادة (582) من التقنين الكويتي، فيما عدا أن هذا التقنين لا ينص علىٰ مسئولية المؤجر عن خلو العين من صفات تعهد بتوافرها، أو خلوها من صفات يقتضيها الانتفاع بها.

انظر: المذكرة الإيضاحية للنصوص المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م (775 و776) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص520 و521).

وفي الفقه الإسلامي في خصوص العيب نصت المادة (513) من المجلة علىٰ أنه: «في الإجارة أيضًا خيار العيب كما في البيع». ونصت المادة (514) علىٰ أن: «العيب الموجب للخيار في الإجارة هو ما يكون سببًا لفوات المنافع المقصودة بالكلية وإخلالها...». ونصت المادة (515) علىٰ أنه: «لو حدث في المأجور عيب قبل استيفاء المنفعة فإنه كالموجود في وقت العقد».

وانظر كذلك: م (629 و630) من مرشد الحيران، و م (682 – 687) من مجلة الأحكام الشرعية.

مادة (573):

1- إذا وجد بالعين المؤجرة عيب يتحقق معه الضمان؛ جاز للمستأجر أن يطلب إصلاح العيب، أو أن يقوم هو بإصلاحه على نفقة المؤجر، وفقًا لأحكام المادة (562)، وذلك دون إخلال بحق المستأجر في طلب فسخ العقد، أو إنقاص الأجرة، مع التعويض إن كان له مقتض.

2- وإذا لحق المستأجر ضرر من العيب؛ التزم المؤجر بتعويضه ما لم يثبت أنه كان يجهل وجود العيب.

3- وإذا كانت نفقات إصلاح العيب باهظة لا تتناسب مع الأجرة؛ سرت أحكام الفقرة الثالثة من المادة (562).

هذه المادة تقابل المادة (577) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

1- إذا وجد بالعين المؤجرة عيب يتحقق معه الضمان؛ جاز للمستأجر تبعًا للظروف أن يطلب فسخ العقد أو إنقاص الأجرة، وله كذلك أن يطلب إصلاح العيب، أو أن يقوم هو بإصلاحه على نفقة الأجرة، سرت أحكام الفقرة الثالثة من المادة (562).

وقد أدخلت على هذه المادة التعديلات الآتية:

1- عدل ترتيب ما يحق للمستأجر أن يطالب به عند وجود عيب، فبدأ نص الفقرة الأولى بحق المستأجر في أن يطلب إصلاح العيب، أو أن يقوم هو بإصلاحه على نفقة المؤجر؛ لأن التنفيذ العيني هو الأصل.

2- نص على أن يكون التنفيذ العيني وفقًا لأحكام المادة (562)، حيث تنطبق هذه الأحكام كما هو الشأن في حالة الإخلال بالالتزام بالتسليم، وفي حالة الترميمات الضرورية للانتفاع.

3- نص على إمكان التعويض عند طلب الفسخ أو إنقاص الأجرة.

4- أضيفت فقرة ثالثة، بغية إفرادها لبيان الحكم إذا كانت نفقات إصلاح العيب باهظة لا تتناسب مع الأجرة، وبذلك يتوحد الحكم في حالات ثلاث، هي حالة الإخلال

بالالتزام بالتسليم، وحالة الترميمات الضرورية للانتفاع، وحالة العيب، ففي هذه الحالات جميعها إذا كانت نفقات الإصلاح أو الترميم باهظة لا تتناسب مع الأجرة؛ يعفىٰ المؤجر من التنفيذ العيني، ولا يكون للمستأجر إلا طلب الفسخ أو إنقاص الأجرة مع التعويض إن كان له مقتض.

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة (583) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (758) من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي:

«1- إذا وجد بالمأجور عيب يتحقق معه الضمان؛ جاز للمستأجر أن يطلب فسخ العقد أو إنقاص الأجرة.

2- فإذا لحق المستأجر ضرر من العيب؛ التزم المؤجر بتعويضه ما لم يثبت أنه كان يجهل وجود العيب».

وتقابل المادة (687) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ أنه: «إذا ترتب علىٰ العيب حرمان المستأجر من الانتفاع بالمأجور؛ جاز له أن يطلب الفسخ أو إنقاص الأجرة مع ضمان ما يلحقه من ضرر».

انظر: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م (777) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص 523).

وفي الفقه الإسلامي، فيما يتعلق بضمان العيب، نصت المادة (516) من المجلة علىٰ أنه: «لو حدث في المأجور عيب، فالمستأجر بالخيار إن شاء استوفىٰ المنفعة مع العيب وأعطىٰ تمام الأجرة، وإن شاء فسخ الإجارة». ونصت المادة (517) علىٰ أنه: «إن أزال الآجر العيب الحادث قبل فسخ المستأجر الإجارة؛ لا يبقىٰ للمستأجر حق الفسخ، وإن أراد المستأجر التصرف في بقية المدة؛ فليس للآجر منعه أيضًا».

انظر كذلك: المادة (629) من مرشد الحيران والمادتين (336 و337) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة، والمادة (683) من مجلة الأحكام الشرعية.

وتتفق حكم الفقرة الثانية من المادة المقترحة مع قواعد الشرع في باب الضمان بالتسبب.

وما تقضي به الفقرة الثالثة من المادة المقترحة من إعفاء المؤجر من التنفيذ العيني،

إذا كانت نفقات الإصلاح باهظة لا تتناسب مع الأجرة - إنما هو حكم عادل يقره الشرع الإسلامي، وينهض به قوله سُبْحَانَهُ وَتَعَالَىٰ: ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [البقرة: 286].

مادة (574): يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا في ضمان العيب، أو أن ينقصا منه، أو أن يسقطا هذا الضمان، علىٰ أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلًا، إذا كان المؤجر قد تعمد إخفاء العيب في العين المؤجرة غشًّا منه.

هذه المادة تقابل المادة (578) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«يقع باطلًا كل اتفاق يتضمن الإعفاء أو الحد من ضمان التعرض أو العيب، إذا كان المؤجر قد أخفىٰ عن غش سبب هذا الضمان».

وتقابل المادة (759) من التقنين العراقي التي تطابق المادة (578) من التقنين المصري الحالي.

وتقابل المادة (689) من التقنين الأردني التي تطابق المادة (578) من التقنين المصري الحالي.

وتقابل المادة (584) من التقنين الكويتي التي تتفق في حكمها مع المادة (578) من التقنين المصري الحالي.

وحكم المادة المقترحة يتفق مع حكم التقنين الحالي والتقنينات العربية المشار إليها، وهو ما يؤخذ بمفهوم المخالفة من النصوص المذكورة، وذلك وفقًا لما هو مقرر في البيع. انظر: م (420) من المشروع.

وهذا الحكم يقاس علىٰ ما هو مقرر في الفقه الإسلامي بالنسبة إلىٰ خيار العيب في البيع. انظر: المذكرة الإيضاحية للمادة (420) من المشروع.

مادة (575):

1- يجب علىٰ المستأجر الوفاء بالأجرة في المواعيد المتفق عليها، فإذا لم يكن هناك اتفاق وجب الوفاء بها في المواعيد التي يعينها عرف الجهة.

2- ويكون الوفاء بالأجرة في موطن المستأجر، ما لم يكن هناك اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك.

هذه المادة تطابق المادة (586) من التقنين الحالي، مع تعديلات لفظية بسيطة.

ويقع علىٰ عاتق المستأجر التزامات أربعة هي بحسب الترتيب الذي اتبعه التقنين الحالي: التزامه بأن يستعمل العين المؤجرة بحسب ما أعدت له، وبأن يبذل من العناية في استعمالها وفي المحافظة عليها ما يبذله الشخص العادي، وبأن يفي بالأجرة، وبأن يرد العين إلىٰ المؤجر عند انتهاء الإيجار.

وقد رئي مخالفة الترتيب الذي اتبعه التقنين الحالي، والبدء بالالتزام بالوفاء بالأجرة؛ لأنه الالتزام الرئيس الذي يغلب أن يواجهه المستأجر منذ البداية، ولأن الالتزامات الأخرىٰ يحسن أن ينص عليها متصلة لا فاصل بينها، إذ إن كل التزام منها يؤدي إلىٰ الالتزام الذي يليه.

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (469) من المجلة علىٰ أن: «تلزم الأجرة باستيفاء المنفعة». ونصت المادة (470) علىٰ أن: «تلزم الأجرة في الإجارة الصحيحة بالاقتدار علىٰ استيفاء المنفعة». ونصت المادة (476) علىٰ أنه: «إن كانت الأجرة مؤقتة بوقت معين كالشهرية أو السنوية؛ يلزم إيفاؤها عند انقضاء ذلك الوقت». ونصت المادة (473) علىٰ أن: «يعتبر ويراعىٰ كل ما اشترطه العاقدان في تعجيل الأجرة وتأجيلها».

انظر أيضًا: المادة (668) من مجلة الأحكام الشرعية.

والمادة المقترحة تطابق المادة (586) من التقنين الكويتي.

وتقابل المواد (765 - 770) من التقنين العراقي.

وتقابل المواد (665 - 668) من التقنين الأردني.

انظر: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م (786) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 4/ ص541).

مادة (576): الوفاء بقسط من الأجرة قرينة علىٰ الوفاء بالأقساط السابقة علىٰ هذا القسط، حتىٰ يقوم الدليل علىٰ عكس ذلك.

هذه المادة تطابق المادة (587) من التقنين الحالي.

والسند الشرعي لها هو القاعدة الشرعية التي تقضي بأن العادة محكمة، حيث

جرت العادة علىٰ أن المستأجر لا يفي بقسط من الأجرة، إلا إذا كان قد أوفىٰ بالأقساط السابقة علىٰ هذا القسط، وعلىٰ أساس هذه العادة أقام الشارع القرينة المنصوص عليها.

والمادة المقترحة تطابق المادة (769) من التقنين العراقي.

وتتفق في حكمها مع المادة (587) من التقنين الكويتي.

انظر: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م (787) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص543).

مادة (577):

1- يكون للمؤجر ضمانًا لكل حق يثبت له بمقتضىٰ عقد الإيجار - أن يحبس جميع المنقولات القابلة للحجز الموجودة في العين المؤجرة ما دامت مثقلة بامتياز المؤجر، ولو لم تكن مملوكة للمستأجر، وللمؤجر الحق في أن يمانع في نقلها، فإذا نقلت رغم معارضته أو دون علمه، كان له الحق في استردادها من الحائز لها ولو كان حسن النية، مع عدم الإخلال بما يكون لهذا الحائز من حقوق.

2- وليس للمؤجر أن يستعمل حقه في الحبس أو في الاسترداد إذا كان نقل هذه الأشياء أمرًا اقتضته حرفة المستأجر أو المنقول من شئون الحياة، أو كانت المنقولات التي تركت في العين المؤجرة أو التي تم استردادها تفي بضمان الأجرة وفاءً تامًّا.

هذه المادة تطابق المادة (589) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (588) من التقنين الكويتي.

ولا مقابل لها في التقنين العراقي، ولكن المنقولات الموجودة فعلًا في العين المؤجرة تكون مثقلة بحق امتياز المؤجر م (1374) مدني عراقي.

ولا مقابل لها في التقنين الأردني، ولكن المنقولات الموجودة فعلًا في العين المؤجرة تكون مثقلة بحق امتياز المؤجر م(1437) مدني أردني.

وفي الفقه الإسلامي: للبائع أن يحبس المبيع إلىٰ أن يؤدي المشتري جميع الثمن م (278) من المجلة و م (454) من مرشد الحيران. وقياسًا علىٰ ذلك للمؤجر أن يحبس

المنقولات الموجودة في العين المؤجرة ضمانًا للحقوق التي تثبت له بمقتضىٰ عقد الإيجار، وهو ما تقضي به المادة المقترحة علىٰ التفصيل المذكور فيها.

هذا، وقد رئي حذف المادة (588) من التقنين الحالي، التي توجب علىٰ المستأجر أن يضع منقولات في العين المؤجرة تضمن الأجرة عن سنتين أو عن كل مدة الإيجار إذا قلت عن سنتين، نظرًا إلىٰ أن هذا الحكم لا يتفق مع الواقع العملي في مجتمعنا، فقد لا يكون لدىٰ المستأجر من المنقولات ما يكفي لتوفير هذا الضمان، مما لا يسوغ معه طلب الحكم بإلزامه بوضعها، الأمر الذي أدىٰ إلىٰ اختلاف الفقه في جواز هذه المطالبة، وقد لا يقتضي عمل المستأجر أن يضع منقولات كافية للوفاء بالأجرة الواجب تأمينها، لو كانت العين المؤجرة مكتبًا لسمسار أو للمقاولات أو للاستيراد والتصدير.

مادة (578): يلتزم المستأجر بأن يستعمل العين المؤجرة علىٰ النحو المتفق عليه، فإن لم يكن هناك اتفاق؛ التزم بأن يستعمل العين بحسب ما أعدت له، ووفقًا لما جرىٰ به العرف.

هذه المادة تتفق في حكمها مع المادة (579) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ أن: «يلتزم المستأجر بأن يستعمل العين المؤجرة علىٰ النحو المتفق عليه، فإن لم يكن هناك اتفاق، التزم أن يستعمل العين بحسب ما أعدت له».

وقد أضيفت إلىٰ هذا النص عبارة: «ووفقًا لما جرىٰ به العرف لتوضيح الحكم».

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة (762) من التقنين العراقي.

وتتفق في حكمها مع المادة (692) من التقنين الأردني.

وتتفق في حكمها مع المادة (589) من التقنين الكويتي.

وحكم المادة المقترحة يتفق مع ما يقرره الفقه الإسلامي.

فقد نصت المادة (426) من المجلة علىٰ أن: «من استحق منفعة معينة بعقد الإجارة له أن يستوفي عينها أو مثلها أو ما دونها، ولكن ليس له أن يستوفي ما فوقها مثلًا لو استأجر الحداد حانوتًا علىٰ أن يعمل فيه، له أن يعمل فيه صنعة مساوية في المضرة لصنعة الحداد، ولكن ليس لمن استأجر حانوتًا للعطارة أن يعمل فيه صنعة الحداد، وفي هذا

المعنىٰ أيضًا المادة (640) من مرشد الحيران، ونصت المادة (527) علىٰ أنه: «يصح استئجار الدار والحانوت مع عدم بيان كونه لأي شيء، وأما كيفية استعماله فتصرف إلىٰ العرف والعادة»، وجاء في المادة (528): «وأما في خصوص ربط الدواب فعرف البلدة وعادتها معتبر (استئجار الدار)، وحكم الحانوت علىٰ هذا الوجه».

انظر أيضًا: المادة (586، 623، 721، 723) من مجلة الأحكام الشرعية.

فالمادة (586) تنص علىٰ أنه: «ليس للمستأجر أن يخالف في استيفاء المنفعة علىٰ الوجه المذكور في العقد... مثلًا: لو استأجر الأرض للغرس أو للبناء؛ ليس له فعل الآخر».

والمادة (623) تنص علىٰ أنه: «تصح إجارة الدار والحانوت مع إطلاق العقد، ولا يلتزم ذكر السكنىٰ ولا صفة الانتفاع، ويحمل علىٰ المتعارف، وليس للمستأجر أن يعمل فيهما ما يضر بهما إلا بشرط».

والمادة (721) علىٰ أنه: «إذا خالف المستأجر في استيفاء المنفعة؛ كان تعديًا؛ فيضمن المأجور لو تلف».

والمادة (722) تنص علىٰ أنه: «إذا استوفىٰ المستأجر أكثر من النفع المعقود عليه؛ كان متعديًا؛ فيضمن المأجور لو تلف بذلك».

مادة (579):

1- لا يجوز للمستأجر أن يحدث بالعين المؤجرة تغييرًا بدون إذن المؤجر، إلا إذا كان هذا التغيير لا ينشأ عنه أي ضرر للمؤجر.

2- فإذا أحدث المستأجر تغييرًا في العين المؤجرة مجاوزًا في ذلك حدود الالتزام الوارد في الفقرة السابقة؛ جاز إلزامه بإعادة العين إلىٰ الحالة التي كانت عليها، وبالتعويض إن كان له مقتضٍ.

هذه المادة تطابق المادة (580) من التقنين الحالي.

وتتفق في حكمها مع المادة (694) من التقنين الأردني.

وتتفق في حكمها مع المادة (590) من التقنين الكويتي.

ويتفق حكم المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الإسلامي، انظر المادة (426) من المجلة المذكورة تحت المادة السابقة، وجاء في المادة (528) أن: «من استأجر دارًا له أن يعمل فيها كل عمل لا يورث الوهن والضرر للبناء، إلا بإذن صاحبها»، ونصت المادة (281) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة، علىٰ أن: «ليس للمستأجر أن يعمل ما يوهن البناء أو يضره، وما ليس كذلك يجوز له بمقتضىٰ العقد».

مادة (580):

1- يجوز للمستأجر أن يضع بالعين المؤجرة أجهزة لتوصيل المياه والنور الكهربائي والغاز والتليفون والراديو والتليفزيون وأجهزة التكييف وما إلىٰ ذلك، ما دامت الطريقة التي توضع بها هذه الأجهزة لا تخالف الأصول المرعية، وذلك ما لم يثبت المؤجر أن وضع هذه الأجهزة يهدد سلامة العقار.

2- فإذا كان تدخل المؤجر لازمًا لإتمام شيء من ذلك؛ جاز للمستأجر أن يقتضي منه هذا التدخل، علىٰ أن يتكفل بما ينفقه المؤجر.

هذه المادة تطابق المادة (581) من التقنين الحالي، مع إضافة عبارة: «والتليفزيون وأجهزة التكييف».

وتتفق في حكمها مع المادة (591) من التقنين الكويتي.

ويتفق حكم المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الإسلامي، انظر في ذلك المادة (528) من المجلة، والمادة (281) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة، وقد تقدم ذكرهما.

انظر: المذكرة الإيضاحية للنصوص المقابلة للمواد (578 - 580) من المشروع في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م (779 - 781) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص521).

مادة (581):

1- يجب علىٰ المستأجر أن يبذل من العناية في استعمال العين المؤجرة وفي

المحافظة عليها ما يبذله الشخص العادي.

2- وهو مسئول عما يصيب العين أثناء انتفاعه بها من تلف أو هلاك، ما لم يكن هذا التلف أو الهلاك ناشئًا عن استعمالها استعمالًا مألوفًا أو راجعًا إلىٰ سبب لا يد له فيه.

هذه المادة تقابل المادة (583) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- يجب علىٰ المستأجر أن يبذل من العناية في استعمال العين المؤجرة وفي المحافظة عليها ما يبذله الشخص المعتاد.

2- وهو مسئول عما يصيب العين أثناء انتفاعه بها من تلف أو هلاك غير ناشئ عن استعمالها استعمالًا مألوفًا».

وقد استبدلت في الفقرة الأولىٰ من هذه المادة عبارة: «الشخص العادي» بعبارة: «الشخص المعتاد».

وعدلت الفقرة الثانية بإضافة ما يفيد رفع المسئولية عن المستأجر، إذا كان تلف العين أو هلاكها راجعًا إلىٰ سبب لا يد له فيه، حتىٰ يحتمل الحكم، وقد كانت هذه الفقرة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م (783/ 2) تتضمن عبارة بهذا المعنىٰ، ولكنها حذفت اكتفاء بورود حكمها في المادة الخاصة برد العين المؤجرة.

واتساقًا مع هذه الإضافة فقد راعىٰ المشروع في المادة (586) منه، وهي المقابلة للمادة (591) من التقنين الحالي - أن ينص علىٰ الحكم ذاته عند رد العين المؤجرة إلىٰ المؤجر في نهاية الإيجار، فسواء في أثناء انتفاع المستأجر بالعين، أو عند ردها إلىٰ المؤجر في نهاية الإيجار، فإن المسئولية عن تلف العين أو هلاكها - ترتفع عن المستأجر إذا كان ما أصاب العين ناشئًا عن استعمالها استعمالًا مألوفًا، أو كان راجعًا إلىٰ سبب لا يد له فيه. انظر: المذكرة الإيضاحية للمادة (586) من المشروع.

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة (764) من التقنين العراقي.

وتتفق في حكمها مع المادة (692) من التقنين الأردني.

وتتفق في حكمها مع المادة (592) من التقنين الكويتي.

ويتفق حكم المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الإسلامي، فقد نصت المادة (637) من مرشد الحيران علىٰ أنه: «يجب علىٰ المستأجر أن يعتني بالعين المؤجرة كاعتنائه بملكه، ولا يجوز له أن يحدث بها تغييرًا بدون إذن مالكها».

ونصت المادة (601) من المجلة علىٰ أنه: «لا يلزم الضمان إذا تلف المأجور في يد المستأجر، ما لم يكن بتقصيره أو تعديه أو مخالفته لمأذونيته»، ونصت المادة (602) علىٰ أنه: «يلزم الضمان علىٰ المستأجر لو تلف المأجور، أو طرأ علىٰ قيمته نقصًا بتعديه». ونصت المادة (604) علىٰ أنه: «لو تلف المأجور بتقصير المستأجر في أمر المحافظة، أو طرأ علىٰ قيمته نقصان يلزم الضمان».

ونصت المادة (475) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك علىٰ أن: «المستأجر والأجير كل منهما أمين فيما وضع يده عليه بعقد الإجارة، فلا يضمنه إذا ضاع أو تلف إلا إذا كان الضياع أو التلف بسبب التفريط أو التعدي، فإن شرط الضمان علىٰ أحدهما ابتداء؛ فسد عقد الإجارة، إلا إذا أسقط الشرط قبل انتهاء العمل». وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة ما يأتي: «وإنما كان شرط الضمان علىٰ أحدهما ابتداء مفسدًا لعقد الإجارة؛ لأنه مناقض لمقتضىٰ العقد، وهو أن كلًّا من المستأجر والأجير أمين لا يضمن إلا بالتفريط أو التعدي».

انظر في هذا: شرح مجموع الأمير (ج 2/ ص231)، الشرح الكبير وحاشيته (ج4/ ص22 و23).

وانظر أيضًا: المادة (544) من مجلة الأحكام الشرعية.

مادة (582): يجب علىٰ المستأجر أن يبادر إلىٰ إخطار المؤجر بكل أمر يستوجب تدخله، كأن تحتاج العين إلىٰ ترميمات مستعجلة، أو ينكشف عيب بها، أو يقع اغتصاب عليها، أو يعتدي أجنبي بالتعرض لها، أو بإحداث ضرر بها.

هذه المادة تطابق المادة (585) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (593) من التقنين الكويتي.

والسند الشرعي للمادة المقترحة أن إلزام المستأجر بإخطار المؤجر في الحالات

المذكورة مما يملكه ولي الأمر تحقيقًا لمصلحة شرعية معتبرة - هي المحافظة علىٰ حقوق كل منهما، إذ إن هذا الإخطار يتيح للمؤجر أن يتدخل في الوقت المناسب لدفع ما يهدد سلامة العين، أو يؤدي إلىٰ ضياع الحق فيها.

مادة (583): يلتزم المستأجر بإجراء الترميمات التأجيرية التي يقضي بها العرف، أو يقتضيها استعمال العين المؤجرة استعمالًا مألوفًا، ما لم يكن هناك اتفاق علىٰ غير ذلك.

هذه المادة تتفق في حكمها مع المادة (581) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ أن: «يلتزم المستأجر بإجراء الترميمات التأجيرية التي يقضي بها العرف، ما لم يكن هناك اتفاق علىٰ غير ذلك».

وقد أضيفت إلىٰ هذا النص حالة ما إذا كانت الترميمات التأجيرية وهي الترميمات البسيطة - يقتضيها استعمال العين المؤجرة استعمالًا مألوفًا، وذلك لاستكمال الحكم، فيكون ما يرجع إليه في تحديد هذه الترميمات هو العرف؛ فإذا لم يوجد عرف، اعتبرت الترميمات تأجيرية، إذا كانت الحاجة إليها قد نشأت من استعمال العين استعمالًا مألوفًا.

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة (594) من التقنين الكويتي.

وتتفق في حكمها مع المادة (695) من التقنين الأردني.

ويتفق حكم المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الإسلامي، فهذا الفقه يفرق بين الترميمات الضرورية للانتفاع فيجعلها علىٰ المؤجر، وبين الترميمات التأجيرية البسيطة فيجعلها علىٰ المستأجر، وهذه التفرقة واضحة في نص المادة (520) من المجلة التي تقدم ذكرها في التعليق علىٰ المادة (561) من المشروع، كما نصت المادة (532) من المجلة علىٰ أن: «إزالة التراب والزبل الذي يتراكم في مدة الإجارة والتطهير علىٰ المستأجر».

وفي هذا المعنىٰ أيضًا المادتان (638 و639) من مرشد الحيران، والمادتان (575، 576) من مجلة الأحكام الشرعية.

مادة (584):

1- المستأجر مسئول عن حريق العين المؤجرة، إلا إذا أثبت أن الحريق نشأ عن سبب لا يد له فيه.

2- فإذا تعدد المستأجرون لعقار واحد؛ كان كل منهم مسئولًا عن الحريق بنسبة الجزء الذي يشغله، ويتناول ذلك المؤجر إن كان مقيمًا في العقار، هذا ما لم يثبت أن النار ابتدأ شبوبها في الجزء الذي يشغله أحد المستأجرين، فيكون وحده مسئولًا عن الحريق.

هذه المادة تطابق المادة (584) من التقنين الحالي.

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (603) من المجلة علىٰ أن: «حركة المستأجر علىٰ خلاف المعتاد تعد، ويضمن الضرر والخسارة الذي يتولد منها، مثلًا: لو استعمل الألبسة التي استكراها علىٰ خلاف عادة الناس وبليت؛ يضمن، كذلك لو احترقت الدار المأجورة بظهور حريق فيها بسبب إشعال المستأجر النار أزيد من العادة وسائر الناس - يضمن».

مادة (585): يجب علىٰ المستأجر أن يرد العين المؤجرة عند انتهاء الإيجار، فإذا أبقاها تحت يده دون حق كان ملزمًا أن يدفع للمؤجر تعويضًا يراعىٰ في تقديره القيمة الإيجارية للعين وما أصاب المؤجر من ضرر.

هذه المادة تطابق المادة (590) من التقنين الحالي.

وتتفق في حكمها مع المادة (771) من التقنين العراقي.

وتتفق في حكمها مع المادة (708) من التقنين الأردني.

وتتفق في حكمها مع المادة (595) من التقنين الكويتي.

وتتفق في حكمها مع ما يقرره الفقه الإسلامي: ففيما يتعلق بوجوب رد العين المؤجرة عند انتهاء الإيجار:

نصت المادة (591) من المجلة علىٰ أن: «يلزم المستأجر رفع يده عن المأجور بعد

انقضاء الإجارة». ونصت المادة (592) علىٰ أنه: «ليس للمستأجر استعمال المأجور بعد انقضاء الإجارة»، ونصت المادة (593) علىٰ أنه: «لو انقضت الإجارة وأراد الآجر قبض ماله؛ يلزم المستأجر تسليمه إياه».

ونصت المادة (641) من مرشد الحيران علىٰ أنه: «إذا انتهت مدة الإجارة؛ وجب علىٰ المستأجر أن يفرغ الدار أو الحانوت المؤجرة ويسلمها لصاحبها، ولا حاجة للتنبيه عليه بالتخلية».

وفيما يتعلق بالتزام المستأجر بدفع القيمة الإيجارية للعين، إذا أبقاها تحت يده دون حق بعد انتهاء الإيجار: نصت المادة (643) من مرشد الحيران علىٰ أنه: «إذا مضت مدة الإجارة، وسكن المستأجر بعدها شهرًا أو أكثر؛ يلزمه أجر المثل فيه إن كانت الدار معدة للاستغلال، أو كانت وقفًا أو ليتيم».

ونصت المادة (472) من المجلة علىٰ أن: «من استعمل مال غيره من دون عقد وبلا إذن؛ فإن كان معدًّا للاستغلال، تلزمه أجرة المثل...».

وفيما يتعلق بالتزام المستأجر بتعويض ما أصاب المؤجر من ضرر، فإن هذا تقتضيه القواعد الشرعية في الضمان بالتسبب، وقد نصت المادة (606) من المجلة علىٰ ما يأتي: «يبقىٰ المأجور كالوديعة أمانة في يد المستأجر عند انقضاء الإجارة كما كان، وعلىٰ هذا لو استعمل المستأجر المأجور بعد انقضاء الإجارة وتلف؛ يضمن، كذلك لو طلب الآجر ماله عند انقضاء الإجارة من المستأجر ولم يعطه إياه ثم بعد الإمساك تلف - يضمن».

ففيما يتعلق بوجوب رد العين المؤجرة عند انتهاء الإيجار:

مادة (586):

1- علىٰ المستأجر أن يرد العين بالحالة التي تسلمها عليها، إلا ما يكون قد أصاب العين من تلف، أو هلاك ناشئ عن استعمالها استعمالًا مألوفًا، أو راجع إلىٰ سبب لا يد له فيه.

2- فإذا كان تسليم العين للمستأجر قد تم دون كتابة محضر أو دون بيان بأوصاف

هذه العين؛ افترض حتىٰ يقوم الدليل علىٰ العكس أن المستأجر قد تسلم العين في حالة حسنة.

هذه المادة تقابل المادة (591) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي:

«1- علىٰ المستأجر أن يرد العين بالحالة التي تسلمها عليها، إلا ما يكون قد أصاب العين من هلاك أو تلف بسبب لا يد له فيه.

2- فإذا كان تسليم العين للمستأجر قد تم دون كتابة محضر أو دون بيان بأوصاف هذه العين افترض حتىٰ يقوم الدليل علىٰ العكس، أن المستأجر قد تسلم العين في حالة حسنة».

وقد عدلت الفقرة الأولىٰ من هذه المادة بإضافة ما يفيد رفع المسئولية عن المستأجر، إذا كان تلف العين أو هلاكها ناشئًا عن استعمالها استعمالًا مألوفًا، وذلك لكي يتضح أن الحكم واحد في المادتين (581) و(586) من المشروع، وهما المقابلتان للمادتين (583 و591) من التقنين الحالي، في خصوص مسئولية المستأجر عما يصيب العين المؤجرة من تلف أو هلاك أثناء انتفاعه بها، أو عند ردها للمؤجر متىٰ انتهت إجارته، بحيث ترتفع عنه المسئولية في الحالتين إذا كان ما أصاب العين ناشئًا عن استعمالها استعمالًا مألوفًا، أو كان راجعًا إلىٰ سبب لا يد له فيه. انظر: المذكرة الإيضاحية للمادة (581) من المشروع.

والمادة المقترحة تقابل المادة (772) من التقنين العراقي التي تطابق المادة (591) من التقنين المصري الحالي.

وتقابل المادة (700) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (596) من التقنين الكويتي.

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (601) من المجلة علىٰ أنه: «لا يلزم الضمان إذا تلف المأجور في يد المستأجر، ما لم يكن بتقصيره أو تعديه أو مخالفته لمأذونيته». ونصت المادة (602) علىٰ أنه: «يلزم الضمان علىٰ المستأجر لو تلف المأجور، أو طرأ علىٰ قيمته نقصان بتعديه»، ونصت المادة (604) علىٰ أنه: «لو تلف المأجور بتقصير

المستأجر في أمر المحافظة، أو طرأ علىٰ قيمته نقصان؛ يلزم الضمان». ونصت المادة (606) علىٰ أن: «يبقىٰ المأجور كالوديعة أمانة في يد المستأجر عند انقضاء الإجارة كما كان...». وقد تقدم ذكر هذه المواد، انظر كذلك: المادة (475) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك، وقد تقدم ذكرها.

أما الافتراض الذي تنص عليه الفقرة الثانية من المادة المقترحة، فإنه يستند إلىٰ ما جرت به العادة من كتابة محضر أو بيان بأوصاف العين المؤجرة عند التسليم، والقاعدة الشرعية أن العادة محكمة.

مادة (587):

1- إذا أحدث المستأجر في العين المؤجرة بناء أو غراسًا أو غير ذلك من التحسينات مما يزيد في قيمة العقار؛ التزم المؤجر أن يرد للمستأجر عند انقضاء الإيجار ما أنفقه في هذه التحسينات، أو ما زاد في قيمة العقار، ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بغير ذلك.

2- فإذا كانت تلك التحسينات قد استحدثت دون علم المؤجر أو رغم معارضته؛ كان له أن يطلب من المستأجر إزالتها، وله أن يطلب فوق ذلك تعويضًا عن الضرر الذي يصيب العقار من هذه الإزالة.

3- وإذا اختار المؤجر أن يحتفظ بهذه التحسينات في مقابل رد إحدىٰ القيمتين المتقدم ذكرهما؛ جاز للمحكمة أن تنظره إلىٰ أجل الوفاء بها.

هذه المادة تطابق المادة (592) من التقنين الحالي، مع تعديلات لفظية، حيث استبدلت عبارة: «إذا أحدث» في بداية الفقرة الأولىٰ بعبارة: «إذا أوجد»، وحذفت عبارة: «إن كان للتعويض مقتضٍ» في نهاية الفقرة الثانية، واستبدلت كلمة: «وإذا» في بداية الفقرة الثالثة بكلمة: «فإذا».

والمادة المقترحة تقابل المادة (774) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (701) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (598) من التقنين الكويتي.

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (521) من المجلة علىٰ أنه: «لو أحدث المستأجر بناءً في العقار المأجور أو غرس شجرة؛ فالآجر مخير عند انقضاء مدة الإجارة: إن شاء قلع البناء والشجرة، وإن شاء أبقاهما وأعلىٰ قيمته كثيرة كانت أو قليلة».

ونصت المادة (659) من مرشد الحيران علىٰ أنه: «إذا انقضت مدة الإجارة، وكان المستأجر قد بنىٰ في الأرض بناء أو غرس فيها أشجارًا؛ يؤمر بهدم البناء وقلع الأشجار إلا أن يرضىٰ المؤجر بتركهما في الأرض بإجارة أو إعارة، فيكون البناء والشجر للمستأجر والأرض للمؤجر، فإن تركهما بإعارة للأرض، يكون لهما أن يؤجرا الأرض والبناء لثالث، ويقسمان الأجرة علىٰ قيمة الأرض بلا بناء وعلىٰ قيمة البناء بلا أرض، فيأخذ كل منهما حصته». ونصت المادة (660) علىٰ أنه: «إذا كان هدم البناء وقلع الشجر يضران بالأرض وينقصان قيمتها، ومضت مدة الإجارة؛ فللمؤجر أن يتملكها جبرًا علىٰ المستأجر، وتقدر قيمتهما مستحقين للقلع قائمين بأن تقوم الأرض بهما مستحقي الهدم والقلع وبدونهما؛ فيضمن المؤجر ما بين القيمتين، وإن كانت الأرض لا تنقص بقلعهما، فلا يكون للمؤجر تملكهما بدون رضىٰ المستأجر، إنما له أمر المستأجر بقلعهما من أرضه».

(3) النزول عن الإيجار والإيجار من الباطن:

مادة (588):

1- للمستأجر أن ينزل عن الإيجار أو يؤجر من الباطن، وذلك عن كل ما استأجره أو بعضه، ما لم تكن شخصية المستأجر محل اعتبار، أو يقض نص أو اتفاق بغير ذلك.

2- وإذا اشترط المؤجر ألا يكون النزول عن الإيجار أو الإيجار من الباطن إلا بموافقته؛ فلا يجوز له أن يمتنع عن هذه الموافقة إلا لسبب مشروع.

هذه المادة تقابل المادة (593) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ أن: «للمستأجر حق التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن، وذلك عن كل ما استأجره أو بعضه، ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك».

وقد أدخلت على هذا النص التعديلات الآتية:

1- عدلت الفقرة الأولىٰ في صدرها تعديلًا لفظيًّا، حيث استبدلت عبارة: «للمستأجر أن ينزل عن الإيجار، أو يؤجر من الباطن» بعبارة: «للمستأجر حق التنازل عن الإيجار أو الايجار من الباطن».

2- **أضيفت إلىٰ الفقرة الأولىٰ حالة مستثناة من الحكم في عبارة:** «ما لم تكن شخصية المستأجر محل اعتبار»، وقد كان النص المقابل في المشروع التمهيدي يتضمن عبارة في هذا المعنىٰ تجري علىٰ الوجه الآتي: «وقد يستفاد هذا الاتفاق من الظروف»، فحذفت في لجنة مجلس الشيوخ اكتفاء بالقواعد العامة. مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص558 - 560). فإذا كانت شخصية المستأجر محل اعتبار عند التعاقد، بأن أجر المؤجر العين للمستأجر لاعتبار شخصي فيه؛ فلا يجوز للمستأجر أن ينزل عن الإيجار أو يؤجر من الباطن.

3- أضيفت إلىٰ الفقرة الأولىٰ أيضًا حالة مستثناة من الحكم، حيث استبدلت عبارة: «أو يقض نص أو اتفاق بغير ذلك» بعبارة: «ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك»، وقد روعي في هذا التعديل أن القانون الخاص بتنظيم العلاقة بين المالك والمستأجر لم يتقيد بالقاعدة الواردة في هذه الفقرة، الأمر الذي اقتضىٰ إضافة التحفظ الخاص بوجود نص مخالف.

4- استحدثت الفقرة الثانية من المادة المقترحة، وقد كانت المادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م (794) تتضمن فقرة تنص علىٰ حكمها، ولكنها حذفت. مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 4/ ص558 - 560). فرئي أن تضاف هذه الفقرة تطبيقًا لنظرية التعسف في استعمال الحق، حيث لا يجوز للمؤجر أن يتعسف في التمسك بالشرط المانع من النزول عن الإيجار أو الإيجار من الباطن.

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة (775) من التقنين العراقي.

وتتفق في حكمها مع المادة (599) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (702 - 704) من التقنين الأردني.

وفي الفقه الإسلامي:

فيما يتعلق بحق المستأجر في النزول عن الإيجار أو الإيجار من الباطن، نصت المادة (586) من المجلة علىٰ أن: «للمستأجر إيجار المأجور لآخر قبل القبض إن كان عقارًا، وإن كان منقولًا فلا». ونصت المادة (624) من مرشد الحيران علىٰ أن: «للمستأجر أن يؤجر العين المؤجرة لغير مؤجرها بعد قبضها وقبله إن كانت عقارًا، وليس له إجارتها قبل القبض بل بعده إن كانت منقولًا». ونصت المادة (623) من مرشد الحيران علىٰ أنه: «يجوز لمستأجر دار أو أرض أن يعيرها ويودعها ويؤجرها بمثل الأجرة التي استأجرها بها أو بأقل منها أو بأكثر، لو كانت الأجرة الثانية من غير جنس الأولىٰ، فلو كانت من جنسها لا تطيب له الزيادة».

وفيما يتعلق بعدم جواز النزول عن الإيجار من الباطن إذا كانت شخصية المستأجر محل اعتبار، نصت المادة (587) من المجلة علىٰ أن: «للمستأجر إيجار ما لم يتفاوت استعماله وانتفاعه باختلاف الناس لآخر». ونصت المادة (536) علىٰ أن: «من استأجر ثيابًا علىٰ أن يلبسها بنفسه، فليس له أن يلبسها غيره». ونصت المادة (537) علىٰ أن: «الحلي كاللباس». ونصت المادة (551) علىٰ أن: «الدابة التي استكريت علىٰ أن يركبها فلان لا يصح إركابها غيره، وإن أركب وتلف الحيوان؛ يلزم الضمان».

أما حكم الفقرة الثانية من المادة المقترحة، فهو تطبيق لنظرية التعسف في استعمال الحق التي نصت عليها المادة (37) من المشروع، واقتبست جميع ضوابطها من الفقه الإسلامي.

مادة (589):

1- منع المستأجر من أن يؤجر من الباطن يقتضي منعه من النزول عن الإيجار، وكذلك العكس.

2- ومع ذلك إذا كانت العين المؤجرة عقارًا أنشئ فيه مصنع أو متجر، وأراد المستأجر أن يبيع هذا المصنع أو المتجر؛ جاز للمحكمة بالرغم من وجود الشرط المانع - أن تقضي بإبقاء الإيجار إذا قدم المشتري ضمانًا كافيًا، ولم يلحق المؤجر من ذلك ضرر محقق.

هذه المادة تقابل المادة (594) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- منع المستأجر من أن يؤجر من الباطن يقتضي منعه من التنازل عن الإيجار، وكذلك العكس.

2- ومع ذلك إذا كان الأمر خاصًّا بإيجار عقار أنشئ به مصنع أو متجر، واقتضت الضرورة أن يبيع المستأجر المصنع أو المتجر؛ جاز للمحكمة بالرغم من وجود الشرط المانع - أن تقضي بإبقاء الإيجار إذا قدم المشتري ضمانًا كافيًا، ولم يلحق المؤجر من ذلك ضرر محقق».

وقد أدخل على هذه المادة التعديلات الآتية:

1- عدلت الفقرة الأولىٰ تعديلًا لفظيًّا، وذلك باستبدال كلمة: «النزول»، بكلمة: «التنازل».

2- **استبدلت في صدر الفقرة الثانية عبارة:** «ومع ذلك إذا كانت العين المؤجرة عقارًا أنشئ فيه مصنع أو متجر» بعبارة: «ومع ذلك إذا كان الأمر خاصًّا بإيجار عقار أنشئ به مصنع أو متجر».

3- **استبدلت في الفقرة الثانية عبارة:** «وأراد المستأجر أن يبيع هذا المصنع أو المتجر» بعبارة: «واقتضت الضرورة أن يبيع المستأجر هذا المصنع أو المتجر». ومقتضىٰ هذا التعديل أنه لا يشترط أن تقوم ضرورة تدعو إلىٰ أن يبيع المستأجر مصنعه أو متجره، فقد يرىٰ المستأجر أن يغير نوع النشاط الذي يمارسه، بل قد يكون المستأجر راغبًا في البيع ابتغاء للكسب، وفي ذلك من التيسير ما لا يسمح به النص الحالي، ويكفي ما هناك من شروط تجعل المؤجر في مأمن من أي ضرر، حيث يشترط أن يقدم المشتري ضمانًا كافيًا للمؤجر للقيام بالتزاماته الناشئة عن عقد الإيجار، كما يشترط ألا يلحق المؤجر من نزول المستأجر عن الإيجار للمشتري - ضرر محقق، وهذا هو الذي يجعل من تمسك المؤجر بالشرط المانع تعسفًا في استعمال الحق.

والسند الشرعي لحكم الفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة هو ما جرت به العادة من أنه إذا وجد شرط يمنع من النزول عن الإيجار أو يمنع من التأجير من الباطن؛ فالمفروض أن المتعاقدين قصدا أن يمنع الشرط من العملين معًا، وذلك بسبب عدم

إدراك الفروق الدقيقة بين العملين.

أما حكم الفقرة الثانية فهو تطبيق لنظرية التعسف في استعمال الحق التي نصت عليها المادة (37) من المشروع، واقتبست جميع ضوابطها من الفقه الإسلامي.

والمادة المقترحة تطابق المادة (761/ 1) من التقنين العراقي.

وتقابل المواد (702/ 704) من التقنين الأردني.

والفقرة الأولىٰ منها تطابق المادة (600) من التقنين الكويتي.

مادة (590): في حالة النزول عن الإيجار يحل المتنازل له محل المستأجر في جميع الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد الإيجار، ومع ذلك يبقىٰ المستأجر ضامنًا للمتنازل له في تنفيذ التزاماته.

هذه المادة تقابل المادة (595) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ أنه: «في حالة التنازل عن الايجار يبقىٰ المستأجر ضامنًا للمتنازل له في تنفيذ التزاماته».

وقد أضيف إلىٰ هذا النص ما جاء في صدر المادة المقترحة من أنه: «في حالة النزول عن الإيجار يحل المتنازل له محل المستأجر في جميع الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد الإيجار»، واقتضىٰ هذا أن تضاف عبارة: «ومع ذلك» قبل بقية المادة باعتبار أن ضمان المستأجر للمتنازل له في تنفيذ التزاماته خروج علىٰ القاعدة العامة في ضمان المدين الأصلي للمحال عليه في حوالة الدين.

وقد كانت المادة (796) من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي تجري علىٰ نحو ما جاء في المادة المقترحة، ولكن حذف الحكم الوارد في صدرها، وهو الخاص بعلاقة المتنازل له مع المؤجر، اكتفاء بتطبيق القواعد العامة وأحكام الحوالة. مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص562 - 565).

والمادة المقترحة تطابق المادة (777) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (601) من التقنين الكويتي.

انظر: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م (796) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ 564).

والنزول عن الإيجار ينطوي علىٰ حوالة حق وحوالة دين.

وفي الفقه الإسلامي: انظر ما تقدم ذكره عن انتقال الالتزام في الفقه الإسلامي.

مادة (591):

1- في حالة الإيجار من الباطن تبقىٰ العلاقة بين المؤجر والمستأجر الأصلي خاضعة لأحكام عقد الإيجار الأصلي، أما العلاقة بين المستأجر الأصلي والمستأجر من الباطن فتسري عليها أحكام عقد الإيجار من الباطن.

2- ومع ذلك يكون المستأجر من الباطن ملزمًا بأن يؤدي للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتًا في ذمته للمستأجر الأصلي وقت أن ينذره المؤجر، ولا يجوز أن يتمسك قبل المؤجر بما يكون قد عجله من الأجرة للمستأجر الأصلي، ما لم يكن ذلك قد تم قبل الإنذار وفقًا للعرف أو لاتفاق ثابت التاريخ، ثم وقت الإيجار من الباطن.

هذه المادة تقابل المادة (596) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- يكون المستأجر من الباطن ملزمًا بأن يؤدي للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتًا في ذمته للمستأجر الأصلي وقت أن ينذره المؤجر.

2- ولا يجوز للمستأجر من الباطن أن يتمسك قبل المؤجر بما يكون قد عجله من الأجرة للمستأجر الأصلي، ما لم يكن ذلك قد تم قبل الإنذار وفقًا للعرف أو لاتفاق ثابت التاريخ، ثم وقت الإيجار من الباطن».

وقد أضيفت إلىٰ هذه المادة الفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة، وجمع ما جاء فيها في فقرة واحدة هي الفقرة الثانية من المادة المقترحة.

وما جاء في الفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة كانت تنص عليه المادة (787) من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي، ولكنها حذفت في لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة. مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص563 - 564).

والمادة المقترحة تتفق في أحكامها مع المادة (776) من التقنين العراقي.

وتتفق في أحكامها مع المادة (602) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (705) من التقنين الأردني.

انظر: المذكرة الإيضاحية للنصوص المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م (797 و798) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص569 و570).

والسند الشرعي للفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة قوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «**المسلمون علىٰ شروطهم**». فالعلاقة بين المؤجر والمستأجر الأصلي تسري عليها شروط عقد الإيجار الأصلي، والعلاقة بين المستأجر الأصلي والمستأجر من الباطن تسري عليها شروط عقد الإيجار من الباطن، وقد نصت المادة (627) من مرشد الحيران علىٰ أن: «المستأجر الذي أجر لغيره العين المنتفع بها ملزوم بالأجرة لمالكها، وليس للمالك قبضها من المستأجر الثاني إلا إذا أحاله المستأجر عليه، أو وكله بقبضها من المستأجر الثاني».

أما الفقرة الثانية من المادة المقترحة فالغرض منها حماية مصلحة شرعية معتبرة، هي مصلحة المؤجر.

مادة (592): تبرأ ذمة المستأجر الأصلي قبل المؤجر، سواء فيما يتعلق بضمانه المتنازل له في حالة النزول عن الإيجار، أو فيما يتعلق بما يفرضه عقد الإيجار الأصلي من التزامات في حالة الإيجار من الباطن، إذا صدر من المؤجر قبول صريح أو ضمني بالنزول عن الإيجار أو بالإيجار من الباطن، ويعتبر قَبولًا ضمنيًّا من المؤجر قبضه الأجرة مباشرة من المتنازل له، أو من المستأجر من الباطن، دون أن يبدي أي تحفظ في شأن حقوقه قبل المستأجر الأصلي.

هذه المادة تقابل المادة (597) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«تبرأ ذمة المستأجر الأصلي قبل المؤجر، سواء فيما يتعلق بضمانه للمتنازل له في حالة التنازل عن الإيجار، أم فيما يتعلق بما يفرضه عقد الإيجار الأصلي من التزامات في حالة الإيجار من الباطن:

أولًا: إذا صدر من المؤجر قبول صريح بالتنازل عن الإيجار أو بالإيجار من الباطن.

ثانيًا: إذا استوفىٰ المؤجر الأجرة مباشرة من المتنازل له أو من المستأجر من الباطن

دون أن يبدي أي تحفظ في شأن حقوقه قبل المستأجر الأصلي».

وقد أدخلت على هذه المادة التعديلات الآتية:

1- **عدلت تعديلًا لفظيًّا باستبدال عبارة:** «سواء فيما يتعلق بضمانه المتنازل له في حالة النزول عن الإيجار» بعبارة: «سواء فيما يتعلق بضمانه للمتنازل له في حالة التنازل عن الإيجار».

2- **استبدلت عبارة:** «إذا صدر من المؤجر قبول صريح أو ضمني بالنزول عن الإيجار، أو بالإيجار من الباطن» بالعبارة الواردة في الفقرة «أولًا» التي تقول: «إذا صدر من المؤجر قبول صريح بالتنازل عن الإيجار أو بالإيجار من الباطن». إذ إن قَبول المؤجر قد يكون صريحًا، وقد يكون ضمنيًّا، ولا يقتصر القبول الضمني علىٰ حالة ما إذا استوفىٰ المؤجر الأجرة مباشرة من المتنازل له، أو من المستأجر من الباطن دون إبداء أي تحفظ، فقد يستخلص القبول الضمني من ظروف أخرىٰ، كما لو طالب المؤجر المتنازل له أو المستأجر من الباطن بالأجرة دون أن يستوفيها، أو طالبه بدفع تعويض عن تلف أصاب العين.

3- النص علىٰ أن يعتبر قبولًا ضمنيًّا من المؤجر قبضه الأجرة مباشرة دون إبداء أي تحفظ، وذلك توضيحًا للأساس الذي يقوم عليه الحكم.

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (609) من التقنين الكويتي.

وتتفق مع المادة (778) من التقنين العراقي.

انظر: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م (799) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 4/ ص569 و570).

والسند الشرعي للمادة المقترحة أن حكمها يستند إلىٰ قبول من جانب المؤجر، وهو يدخل في نطاق قوله ﷺ: «**المسلمون علىٰ شروطهم**».

(4) انتهاء الإيجار:

مادة (593): ينتهي الإيجار بانقضاء المدة المعينة في العقد دون حاجة إلىٰ تنبيه بالإخلاء، ما لم ينص القانون علىٰ غير ذلك.

هذه المادة تقابل المادة (598) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «ينتهي الإيجار بانتهاء المدة المعينة في العقد دون حاجة إلىٰ تنبيه بالإخلاء».

وقد استبدلت في هذا النص كلمة: «بانقضاء» بكلمة: «بانتهاء»، كما أضيفت إليه عبارة: «ما لم ينص القانون علىٰ غير ذلك»، حيث قصد بهذا التحفظ مراعاة ما تنص عليه القوانين الخاصة من تحديد أسباب لانتهاء الإيجار ليس من بينها انقضاء المدة.

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة (779) من التقنين العراقي.

وتتفق في حكمها مع المادة (707/ 1) من التقنين الأردني.

وتتفق في حكمها مع المادة (604) من التقنين الكويتي.

ويتفق حكم المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الإسلامي.

فقد نصت المادة (641) من مرشد الحيران علىٰ أنه: «إذا انتهت مدة الإجارة؛ وجب علىٰ المستأجر أن يفرغ الدار أو الحانوت المؤجرة ويسلمها لصاحبها، ولا حاجة للتنبيه عليه بالتخلية».

مادة (594):

1- إذا انتهىٰ عقد الإيجار وبقي المستأجر منتفعًا بالعين المؤجرة بعلم المؤجر ودون اعتراض منه - اعتبر الإيجار قد تجدد بشروطه الأولىٰ ولكن لمدة غير معينة، وتسري علىٰ الإيجار إذا تجدد علىٰ هذا الوجه أحكام المادة (556).

2- ويعتبر هذا التجديد الضمني إيجارًا جديدًا لا مجرد امتداد للإيجار الأصلي، ومع ذلك تنتقل إلىٰ الإيجار الجديد التأمينات العينية التي كان المستأجر قدمها في الإيجار القديم مع مراعاة قواعد الشهر العقاري، أما الكفالة، شخصية كانت أو عينية، فلا تنتقل إلىٰ الإيجار الجديد إلا إذا رضي الكفيل بذلك.

هذه المادة تطابق المادة (599) من التقنين الحالي.

وتتفق مع المادة (780) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (605) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (707/ 2) من التقنين الأردني.

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (643) من مرشد الحيران علىٰ أنه: «إذا مضت مدة الإجارة وسكن المستأجر بعدها شهرًا أو أكثر؛ يلزمه أجر المثل فيه إن كانت الدار معدة للاستغلال، أو كانت وقفًا، أو ليتيم».

ونصت المادة (438) من المجلة علىٰ أن: «السكوت في الإجارة يعد قبولًا ورضاءً، مثلًا: لو استأجر رجل حانوتًا في الشهر بخمسين قرشًا، وبعد أن سكن فيه مدة أشهر أتىٰ الآجر في رأس شهر، وقال: إن رضيت بستين فاسكن، وإلا فاخرج. ورده المستأجر وقال: لم أرض. واستمر ساكنًا، يلزمه خمسون قرشًا كما في السابق، وإن لم يقل شيئًا ولم يخرج من الحانوت واستمر ساكنًا، يلزمه إعطاء ستين قرشًا...».

انظر: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م (801) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص575).

مادة (595):

1- إذا نبه أحد الطرفين علىٰ الآخر بالإخلاء، واستمر المستأجر مع ذلك منتفعًا بالعين بعد انتهاء الإيجار؛ فلا يفترض أن الإيجار قد تجدد ما لم يقم الدليل علىٰ عكس ذلك.

2- أما إذا نبه أحد الطرفين علىٰ الآخر بالإخلاء ما لم يقبل أجرة جديدة أو شروطًا أخرىٰ، فسكت من وجه إليه التنبيه؛ اعتبر هذا السكوت قبولًا يتجدد به الإيجار تجديدًا ضمنيًّا بالأجرة أو الشروط الجديدة.

الفقرة الأولىٰ من هذه المادة تطابق المادة (600) من التقنين الحالي.

أما الفقرة الثانية فمستحدثة.

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (781) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (606) من التقنين الكويتي.

وفي الفقه الإسلامي: انظر المادة (438) من المجلة التي تقدم ذكرها تحت المادة السابقة، وقد نصت المادة (439) علىٰ أنه: «لو تقاولا بعد العقد علىٰ تبديل البدل أو تزييده وتنزيله؛ يعتبر العقد الثاني».

انظر: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م (802) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 4/ ص579).

مادة (596):

1- إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة اختيارًا أو جبرًا إلىٰ خلف خاص؛ فلا يكون الإيجار نافذًا في حقه إلا إذا كان يعلم به وقت انتقال العين إليه، أو كان للإيجار تاريخ ثابت قبل التصرف الذي نقل الملكية.

2- ويجوز للخلف الخاص أن يتمسك بعقد الإيجار، ولو كان هذا العقد غير نافذ في حقه.

هذه المادة تتفق في حكمها مع المادة (604) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة اختيارًا أو جبرًا إلىٰ شخص آخر؛ فلا يكون الإيجار نافذًا في حق هذا الشخص إذا لم يكن له تاريخ ثابت سابق علىٰ التصرف الذي نقل الملكية.

2- ومع ذلك يجوز لمن انتقلت إليه الملكية أن يتمسك بعقد الإيجار، ولو كان هذا العقد غير نافذ في حقه».

وقد أدخلت على هذه المادة التعديلات الآتية:

1- **استبدلت عبارة**: «إلىٰ خلف خاص» في الفقرة الأولىٰ بعبارة: «إلىٰ شخص آخر»؛ لأن المقصود هو الخلف الخاص.

2- أضيفت حالة أخرىٰ يكون الإيجار فيها نافذًا في حق الخلف الخاص، وهي حالة ما إذا كان الخلف يعلم بالإيجار وقت انتقال العين إليه، وذلك إلىٰ جانب الحالة المذكورة في النص، وهي حالة ما إذا كان للإيجار تاريخ ثابت قبل التصرف الذي نقل الملكية، وعلة هذه الإضافة أن الخلف الخاص لا يجوز له أن يتمسك بقاعدة عدم ثبوت التاريخ إلا إذا كان حسن النية، أي لا يعلم بسبق تأجير العين، إذ إن حكم ثبوت التاريخ استثناء قصد منه حماية الغير من خطر تقديم التاريخ غشًّا وإضرارًا به، فإذا كان

هذا الغير يعلم بأسبقية الحق الذي يحتج به عليه؛ فإنه لا يكون في حاجة إلىٰ الحماية، وعليه إذا كان الخلف الخاص يعلم بسبق تأجير العين؛ فلا يحق له أن يتمسك بعدم ثبوت تاريخ الإيجار.

3- **استبدلت في الفقرة الثانية عبارة:** «ويجوز للخلف الخاص» بعبارة: «ومع ذلك يجوز لمن انتقلت الملكية» إذ إن عبارة: «ومع ذلك» تفيد أن الأمر يتعلق باستثناء يرد علىٰ حكم الفقرة الأولىٰ، والحقيقة غير ذلك، فليس هناك استثناء في هذا الصدد، وإنما يتعلق الأمر بتطبيق لقاعدة عامة تشمل جميع الأحكام التي تتقرر لحماية الشخص، ومقتضىٰ هذه القاعدة أن الحماية التي تتقرر للشخص تمنح له، ولا تفرض عليه، فهي تفيده ولا تضره، إذ هي حق له وليست واجبًا عليه، إن شاء تمسك بها وإن شاء تركها، وعليه يجوز للخلف الخاص وفقًا لهذه القاعدة أن يتمسك بعقد الإيجار، ولو كان هذا العقد غير نافذ في حقه، إذا قدر أن ذلك في مصلحته.

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (786) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (607) من التقنين الكويتي.

انظر: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م (807) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص592 و593).

ويلاحظ أنه في الفقه الإسلامي يكون العقد موقوف النفاذ إذا تعلق حق الغير بالمحل، وهذا تندرج تحته حالات منها تصرف مالك العين المؤجرة، وبناء علىٰ ذلك يكون التصرف في العين المؤجرة موقوفًا علىٰ إجازة المستأجر، وفي هذا المعنىٰ نصت المادة (646) من مرشد الحيران علىٰ أن: «بيع العين المأجورة يتوقف نفاذه علىٰ إجازة المستأجر، فإن أجازه جاز، وإن لم يجزه يبقىٰ موقوفًا إلىٰ أن يسقط حق المستأجر»، ونصت المادة (590) من المجلة علىٰ أنه: «لو باع الآجر المأجور بدون إذن المستأجر؛ يكون البيع نافذًا بين البائع والمشتري وإن لم يكن نافذًا في حق المستأجر... وإن أجاز المستأجر البيع يكون نافذًا في حق كل منهم...».

أما في المشروع، كما هو الشأن في التقنين الحالي وغيره من التقنينات ما عدا التقنين

الأردني، فإن الإيجار لا يقيد حق المالك في التصرف، وذلك تيسيرًا للتعامل ومراعاة لظروف المجتمع، وهذا هو مذهب الحنابلة، فقد جاء في المادة (587) من مجلة الأحكام الشرعية ما يأتي: «للمؤجر بيع العين المؤجرة من المستأجر أو غيره، قبل حلول مدة الإجارة أو في أثنائها، والأجرة حين البيع للمشتري».

مادة (597):

1- لا يجوز لمن انتقلت إليه ملكية العين المؤجرة، ولم يكن الإيجار نافذًا في حقه - أن يجبر المستأجر علىٰ الإخلاء، إلا بعد التنبيه عليه بذلك في المواعيد المبينة في المادة (556).

2- فإذا نبه من انتقلت إليه الملكية علىٰ المستأجر بالإخلاء قبل انقضاء الإيجار؛ فإن المؤجر يلتزم بأن يدفع للمستأجر تعويضًا، ما لم يتفق علىٰ غير ذلك، ولا يجبر المستأجر علىٰ الإخلاء إلا بعد أن يتقاضىٰ التعويض من المؤجر، أو ممن انتقلت إليه الملكية نيابة عن المؤجر، أو بعد أن يحصل علىٰ تأمين كاف للوفاء بهذا التعويض.

هذه المادة تطابق المادة (605) من التقنين الحالي، مع إضافة عبارة: «من انتقلت إليه الملكية»، في بداية الفقرة الثانية.

وتتفق مع المادة (787) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (608) من التقنين الكويتي.

انظر: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م (808) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 4/ ص592 و593).

والسند الشرعي للمادة المقترحة أن ما جاء بها من أحكام يعتبر تنظيمًا يملكه ولي الأمر مراعاة لظروف التعامل، ما دام أن للمالك حق التصرف في ملكه رغم وجود الإيجار، وذلك حتىٰ لا يفاجأ المستأجر بالإخلاء فتتاح له مهلة معقولة، ولكي يعوض عن الضرر الذي يلحقه من جراء انتهاء عقد الإيجار قبل انقضاء مدته.

مادة (598):

1- إذا كان الإيجار نافذًا في حق من انتقلت إليه الملكية، أو لم يكن نافذًا ولكن تمسك هو به؛ فإنه يحل محل المؤجر في جميع ما ينشأ عن عقد الإيجار من حقوق والتزامات.

2- ومع ذلك لا يجوز للمستأجر أن يتمسك بما عجله من الأجرة في مواجهة من انتقلت إليه الملكية، إذا أثبت هذا أن المستأجر وقت الدفع كان يعلم بانتقال الملكية، أو كان من المفروض حتمًا أن يعلم به، فإذا عجز من انتقلت إليه الملكية عن الإثبات، فلا يكون له إلا الرجوع علىٰ المؤجر.

الفقرة الأولىٰ من هذه المادة مستحدثة، وهي تطابق الفقرة الأولىٰ من المادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م (809/ 1)، وقد حذفت هذه الفقرة في لجنة المراجعة اكتفاء بتطبيق القواعد العامة، ولكن رئي إضافتها لبيان المعنىٰ المقصود من نفاذ الإيجار في حق من انتقلت إليه الملكية، سواء في هذه المادة أو في المادتين السابقتين، وهو أن ينصرف أثر العقد إليه فيحل محل المؤجر في حقوقه والتزاماته، ذلك أن هناك فارقًا بين نفاذ العقد في حق شخص وانصراف أثر العقد إلىٰ هذا الشخص، فنفاذ العقد في حق شخص يعني أن هذا الشخص يلتزم باحترام العقد، ولكنه لا يصبح طرفًا فيه، وبالتالي لا تنتقل إليه الحقوق والالتزامات التي تنشأ منه، ولو طبقنا هذا المعنىٰ علىٰ الحالة التي نحن بصددها، فإن الخلف الخاص لا يلتزم إلا باحترام الإيجار وعدم إخراج المستأجر، فلا يصبح طرفًا في العقد، وبالتالي لا تنتقل إليه الحقوق والالتزامات التي تنشأ منه، أما انصراف أثر العقد إلىٰ شخص فإنه يعني أن هذا الشخص يصبح طرفًا في العقد، فتنتقل إليه الحقوق والالتزامات التي تنشأ منه، وهذا هو المعنىٰ المقصود فيما نحن بصدده، حيث تنتقل إلىٰ الخلف الخاص الحقوق والالتزامات التي تنشأ عن عقد الإيجار.

ومع ذلك فكثيرًا ما يستعمل الفقه والتشريع عبارة: «نفاذ العقد» بمعنىٰ انصراف أثر العقد، ومن الأمثلة علىٰ ذلك في المشروع ما يقصد بنفاذ العقد الموقوف إذا لحقته

الإجارة، فنفاذ العقد في هذه الحالة يقصد به انصراف أثر العقد، وقد رئي عدم تغيير هذا المصطلح، باعتبار أن معناه يتحدد في بيان الأحكام الخاصة بالموضوع.

أما الفقرة الثانية من المادة المقترحة فتطابق المادة (606) من التقنين الحالي، مع تعديلات لفظية.

والمادة المقترحة تطابق المادة (788) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (609) من التقنين الكويتي.

انظر: المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م (809) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 4/ ص592 و593).

والسند الشرعي للمادة المقترحة هو تحقيق مصلحة ودفع مفسدة، أما المصلحة فتتحقق بما تقرره الفقرة الأولىٰ من بيان لموقف المستأجر في مواجهة من انتقلت إليه ملكية العين المؤجرة، وأما دفع المفسدة فتتكفل به الفقرة الثانية للحيلولة دون وقوع غش أو تواطؤ بين المستأجر والمؤجر في تعجيل الأجرة.

مادة (599):

1- إذا كان الإيجار معين المدة، جاز لكل من المتعاقدين أن يطلب إنهاء العقد قبل انقضاء مدته، إذا جدت ظروف خطيرة غير متوقعة من شأنها أن تجعل تنفيذ الإيجار من مبدأ الأمر أو في أثناء سريانه مرهقًا، علىٰ أن يراعي من يطلب إنهاء العقد مواعيد التنبيه بالإخلاء المبينة في المادة (556)، وعلىٰ أن يعوض الطرف الآخر تعويضًا عادلًا.

2- فإذا كان المؤجر هو الذي يطلب إنهاء العقد؛ فلا يجبر المستأجر علىٰ رد العين المؤجرة حتىٰ يستوفي التعويض، أو يحصل علىٰ تأمين كافٍ.

هذه المادة تطابق المادة (608) من التقنين الحالي.

وهي تتضمن تطبيقًا تشريعيًّا خاصًّا لنظرية الحوادث الطارئة المنصوص عليها في المادة (150) من المشروع.

وتتفق مع المادة (792) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (710) من التقنين الأردني.

وتتفق مع المادة (610) من التقنين الكويتي.

انظر: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م (812) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 4/ ص598 و599).

وحكم الفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة مأخوذ من الفقه الإسلامي الذي يأخذ بمبدأ إنهاء الإيجار بالعذر الطارئ، فقد نصت المادة (443) من المجلة علىٰ أنه: «لو حدث عذر مانع لإجراء موجب العقد، تنفسخ الإجارة».

أما وجوب التعويض علىٰ المؤجر إذا كان هو الذي يطلب إنهاء العقد، فسنده الشرعي تلك القاعدة الأساسية في الشريعة الإسلامية التي تقول: «لا ضرر ولا ضرار».

مادة (600):

1- لا ينتهي الإيجار بموت المؤجر ولا بموت المستأجر.

2- ومع ذلك إذا مات المستأجر؛ جاز لورثته أن يطالبوا بإنهاء العقد، إذا أثبتوا أنه بسبب موت مورثهم أصبحت أعباء العقد أثقل من أن تتحملها مواردهم، وأصبح الإيجار مجاوزًا حدود حاجتهم، وفي هذه الحالة يجب أن تراعىٰ مواعيد التنبيه بالإخلاء المبينة في المادة (556).

هذه المادة تقابل المادة (601) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- لا ينتهي الإيجار بموت المؤجر ولا بموت المستأجر.

2- ومع ذلك إذا مات المستأجر؛ جاز لورثته أن يطلبوا إنهاء العقد إذا أثبتوا أنه بسبب موت مورثهم أصبحت أعباء العقد أثقل من أن تتحملها مواردهم، أو أصبح الإيجار مجاوزًا حدود حاجتهم، وفي هذه الحالة يجب أن تراعىٰ مواعيد التنبيه بالإخلاء المبينة في المادة (563)، وأن يكون طلب إنهاء العقد في مدة ستة أشهر علىٰ الأكثر من وقت موت المستأجر».

وقد رئي أن تحذف العبارة الأخيرة من هذه المادة، وهي التي تتطلب «أن يكون طلب إنهاء العقد في مدة ستة أشهر علىٰ الأكثر من وقت موت المستأجر»، إذ إن هذه

المدة قد لا تكون كافية ليتدبر الورثة أمرهم فيها، ولكن يجب علىٰ الورثة ألا يتأخروا في هذا الطلب دون مبرر، حتىٰ لا يحمل تأخرهم علىٰ أنه نزول منهم عن حقهم في إنهاء العقد.

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (709) من التقنين الأردني.

وتتفق مع المادة (611) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (783) من التقنين العراقي التي تطابق المادة (601) من التقنين المصري الحالي.

انظر: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م (804) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ 581 و582).

وحكم الفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة يتفق مع مذاهب الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد، ففي هذه المذاهب لا ينتهي الإيجار بموت المؤجر ولا بموت المستأجر، ويخالف مذهب أبي حنيفة، ففي هذا المذهب تنص المادة (647) من مرشد الحيران علىٰ أن: «تنفسخ الإجارة بموت المؤجر أو بموت المستأجر إذا عقدها لنفسه لا لغيره بالتوكيل عنه». كما نصت المادة (338) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة علىٰ أن: «تنفسخ الإجارة بموت أحد طرفيها إذا عقدها لنفسه». انظر في هذا: ابن عابدين (ج5/ ص70 و71) ومجمع الأنهر (ج2/ ص400 و401).

أما حكم الفقرة الثانية من المادة المقترحة فهو تطبيق لمبدأ إنهاء الإيجار بالعذر الطارئ الذي تناولته المادة السابقة، وهو مأخوذ من الفقه الإسلامي كما سبق القول.

مادة (601): إذا مات المستأجر، ولم يكن الإيجار قد عقد إلا بسبب حرفته أو لاعتبارات أخرىٰ تتعلق بشخصه؛ جاز لورثته أو للمؤجر أن يطلبوا إنهاء العقد، وفي هذه الحالة يجب أن تراعىٰ مواعيد التنبيه بالإخلاء المبينة في المادة (556).

هذه المادة تتفق مع المادة (602) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ أنه: «إذا لم يعقد الإيجار إلا بسبب حرفة المستأجر أو لاعتبارات أخرىٰ تتعلق بشخصه، ثم مات؛ جاز لورثته أو للمؤجر أن يطلبوا إنهاء العقد».

وقد أدخلت علىٰ هذه المادة تعديلات لفظية علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة، كما أضيف إليها ما يفيد مراعاة مواعيد التنبيه بالإخلاء عند طلب إنهاء العقد، وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي م (805) العبارة الآتية: «والأولىٰ أن يكون ذلك بعد التنبيه بالإخلاء في المواعيد المبينة بالمادة (761) م (563 مدني)، ولكن اللجان المختلفة التي مر بها المشروع لم تدخل تعديلًا علىٰ النص بهذا المعنىٰ.

والمادة المقترحة تطابق المادة (612) من التقنين الكويتي.

وتتفق مع المادة (784) من التقنين العراقي.

انظر: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م (805) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص581 و582).

وموت المستأجر في حكم المادة المقترحة يمكن اعتباره عذرًا طارئًا يسوغ إنهاء الإيجار، وهو المبدأ الذي طبق في المادة السابقة، وهو مأخوذ من الفقه الإسلامي كما سبق القول.

مادة (602):

1- لا يترتب علىٰ إعسار المستأجر أن تحل أجرة لم تستحق.

2- ومع ذلك يجوز للمؤجر أن يطلب إنهاء الإيجار، إذا لم تقدم له في ميعاد مناسب تأمينات تكفل الوفاء بالأجرة التي لم تحل، وكذلك يجوز للمستأجر إذا لم يرخص له في النزول عن الإيجار أو في الإيجار من الباطن - أن يطلب الإنهاء علىٰ أن يدفع تعويضًا عادلًا، وفي هذه الحالة يجب أن تراعىٰ مواعيد التنبيه بالإخلاء المبينة في المادة (556).

هذه المادة تقابل المادة (603) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- لا يترتب علىٰ إعسار المستأجر أن تحل أجرة لم تستحق.

2- ومع ذلك يجوز للمؤجر أن يطلب فسخ الإيجار، إذا لم تقدم له في ميعاد مناسب تأمينات تكفل الوفاء بالأجرة التي لم تحل، وكذلك يجوز للمستأجر إذا لم يرخص له في التنازل عن الإيجار أو في الإيجار من الباطن - أن يطلب الفسخ علىٰ أن يدفع تعويضًا عادلًا».

وقد أدخلت على الفقرة الثانية من هذه المادة التعديلات الآتية:

«1- **استبدلت كلمة:** «إنهاء» بكلمة: «فسخ». واستبدلت كلمة: «الإنهاء» بكلمة: «الفسخ»، واستبدلت كلمة: «النزول» بكلمة: «التنازل».

2- أضيفت العبارة الأخيرة التي تفيد مراعاة مواعيد التنبيه بالإخلاء عند طلب إنهاء العقد.

وحكم الفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة يستبعد تطبيق القواعد العامة التي تقضي بسقوط الأجل إذا ثبت إعسار المدين بأن كانت أمواله لا تفي بديونه الحالة، م (261/ 1) من المشروع، فمقتضىٰ هذه القواعد أن أقساط الأجرة التي لم تستحق تحل جميعها، إذ هي دين مؤجل، ولكن المشروع عطل هذا الأثر رأفة بالمستأجر، حيث قضىٰ بأن إعساره لا يترتب عليه أن تحل أجرة لم تستحق».

ولكن نظرًا إلىٰ أن إعسار المستأجر قد يؤدي إلىٰ عجزه عن دفع الأجرة، أجازت الفقرة الثانية لكل من المؤجر والمستأجر أن يطلب إنهاء الإيجار قبل انقضاء مدته، ويعتبر الإعسار في حكم هذه الفقرة عذرًا طارئًا يسوغ هذا الحكم، والعذر الطارئ مأخوذ من الفقه الإسلامي كما سبق القول.

والمادة المقترحة تقابل المادة (785) من التقنين العراقي التي تطابق المادة (603) من التقنين المصري الحالي.

انظر: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م (806) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 4/ ص586).

مادة (603): يجوز للمستأجر، إذا اقتضىٰ عمله أن يغير محل إقامته - أن يطلب إنهاء إيجار مسكنه، إذا كان هذا الإيجار معين المدة، علىٰ أن يراعي مواعيد التنبيه بالإخلاء المبينة في المادة (556).

هذه المادة تقابل المادة (609) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ أنه: «يجوز للموظف أو المستخدم، إذا اقتضىٰ عمله أن يغير محل إقامته - أن يطلب إنهاء إيجار مسكنه إذا كان هذا الإيجار معين المدة، علىٰ أن يراعي المواعيد المبينة في المادة

(563)، ويقع باطلًا كل اتفاق علىٰ غير ذلك».

وقد أدخل على هذه المادة التعديلان الآتيان:

1- **استبدلت عبارة:** «يجوز للمستأجر» بعبارة: «يجوز للموظف أو المستخدم». فلا يقتصر الحكم علىٰ الموظف أو المستخدم، بل يشمل كل مستأجر، سواء كان من العاملين أو من غيرهم، إذ إن هذا هو الذي يتفق مع فكرة العذر الطارئ الذي يسوغ إنهاء الإيجار، حيث يمكن أن يقوم هذا العذر لدىٰ مستأجر من غير العاملين.

2- حذفت العبارة الأخيرة التي تفيد بطلان كل اتفاق علىٰ خلاف الحكم، إذ إن بطلان مثل هذا الاتفاق قد يكون ضد مصلحة الموظف، فيمتنع الملاك من أن يؤجروه مسكنًا إذا تبين لهم أنهم لا يستطيعون توقي إنهاء الإيجار قبل انقضاء مدته، وبذلك يستطيع المستأجر أن يرفع عن نفسه الحرج، إذا رضي أن ينزل عن حقه في إنهاء الإيجار، في حالة ما إذا اقتضىٰ عمله أن يغير محل إقامته، ونظرًا إلىٰ هذا الاعتبار ورد في المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي م (812) - اقتراح بحذف هذه العبارة (مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص601) في الهامش، ولكن اللجان التي مر بها المشروع لم تدخل هذا التعديل.

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (613) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (793) من التقنين العراقي.

ويعتبر اقتضاء عمل المستأجر تغيير محل إقامته عذرًا طارئًا يسوغ إنهاء الإيجار، والعذر الطارئ مأخوذ من الفقه الإسلامي كما سبق القول.

مادة (604):

1 - لا يجوز للمؤجر أن يطلب إنهاء الإيجار قبل انقضاء مدته، حتىٰ لو احتاج العين المؤجرة لسكناه أو لاستعماله الشخصي، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك.

2- فإذا اتفق علىٰ أنه يجوز للمؤجر أن ينهي العقد إذا جدت له حاجة شخصية للعين - وجب عليه في استعمال هذا الحق أن ينبه علىٰ المستأجر بالإخلاء في المواعيد المبينة في المادة (556).

الفقرة الأولىٰ من هذه المادة مستحدثة، وهي تتفق مع الفقرة الأولىٰ من المادة (810) من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي التي تنص علىٰ أنه: «لا يجوز للمؤجر أن يطلب فسخ الإيجار قبل انقضاء مدته، حتىٰ لو أعلن أنه يريد سكنىٰ العين المؤجرة بنفسه، أو يريدها لاستعماله الشخصي، هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك».

ولكن حذفت هذه الفقرة في لجنة المراجعة علىٰ أن يكون حكمها مفهومًا ضمنًا. مجموعة الأعمال التحضيرية (ج4/ ص596).

وقد رئي النص علىٰ هذا الحكم في الفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة؛ نظرًا إلىٰ أنه يتضمن القاعدة في هذا الصدد، حيث تقضي هذه القاعدة بأنه إذا جدت للمؤجر حاجة شخصية للعين كأن احتاج إليها لسكناه أو لاستعماله الشخصي؛ فإن هذا لا يعتبر عذرًا طارئًا يسوغ إنهاء الإيجار.

أما الفقرة الثانية من المادة المقترحة فتتفق مع المادة (607) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ أنه: «إذا اتفق علىٰ أنه يجوز للمؤجر أن ينهي العقد إذا جدت له حاجة شخصية للعين؛ وجب عليه في استعمال هذا الحق أن ينبه علىٰ المستأجر بالإخلاء في المواعيد المبينة في المادة (563)، ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك». وقد رئي حذف العبارة الأخيرة في هذا النص، وهي التي تجيز الاتفاق علىٰ ما يخالف مواعيد التنبيه بالإخلاء، وذلك اتساقًا مع ما هو مقرر في حالات إنهاء العقد الأخرىٰ.

ذلك أن حكم الفقرة الأولىٰ ليس من النظام العام، فيجوز الاتفاق علىٰ ما يخالفه، وفي هذه الحالة يجب أن تراعىٰ مواعيد التنبيه بالإخلاء.

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (789) من التقنين العراقي التي تطابق المادة (810) من المشروع للتقنين الحالي.

انظر: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م (810) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 4/ ص596).

مادة (605):

1- إذا لم يباشر المستأجر الانتفاع بالعين المؤجرة، أو لم ينتفع بها إلا انتفاعًا

ناقصًا، وكان ذلك راجعًا إلىٰ خطئه أو إلىٰ أمر يتعلق بشخصه؛ فإنه يبقىٰ ملزمًا بالإيجار وبالوفاء بما يفرضه عليه العقد من التزامات، ما دام المؤجر قد وضع العين تحت تصرفه في حالة صالحة للانتفاع المتفق عليه.

2- وفي هذه الحالة يجب علىٰ المؤجر أن يستنزل من الأجرة قيمة ما اقتصده من وراء عدم انتفاع المستأجر بالعين، وقيمة ما حققه من نفع من وراء استعماله للعين في أغراض أخرىٰ.

هذه المادة تطابق المادة (811) من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي، فيما عدا استبدال عبارتي: «إذا لم يباشر المستأجر الانتفاع بالعين المؤجرة، أو لم ينتفع بها إلا انتفاعًا ناقصًا». في بداية الفقرة الأولىٰ بعبارتي: «إذا لم يتمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، أو كان انتفاعه بها ناقصًا»، وقد حذفت هذه المادة في لجنة المراجعة لاستخلاص حكمها من القواعد العامة، ولكن رئي من الأفضل النص علىٰ هذا الحكم توضيحًا للحل.

والمادة المقترحة تطابق المادة (791) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (615) من التقنين الكويتي.

انظر: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م (811) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 4/ ص595 و596) في الهامش.

وحكم الفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة يتفق مع ما يقرره الفقه الإسلامي، فقد نصت المادة (479) من المجلة علىٰ أن: «من استأجر حانوتًا وقبضه، ثم عرض للبيع والشراء كساد، ليس له أن يمتنع عن إعطاء كراء تلك المدة بقوله: إن الصنعة ما راجت والدكان بقي مسدودًا». ونصت المادة (573) من مرشد الحيران علىٰ أنه: «تجب الأجرة في الإجارة الصحيحة بتسليم العين المؤجرة للمستأجر واستيفائه المنفعة فعلًا أو بتمكينه من استيفائها بتسليمها له ولو لم يستوفها، فإن قبض المستأجر الدار المؤجرة فارغة من متاع المؤجر؛ لزمه أجرتها ولو لم يسكنها».

وحكم الفقرة الثانية يقره الفقه الإسلامي؛ لأن العدالة توجب أن يستنزل من الأجرة

مقدار ما استفاده المؤجر من عدم انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة.



الفرع الثاني
بعض أنواع الإيجار

نظرة عامة:

هناك أنواع من الإيجار خصها القانون ببعض أحكام تتلاءم مع طبيعتها، أو تستجيب لغرض اجتماعي، وهي الإيجار العادي للأرض الزراعية، والمزارعة، وإيجار الوقف، وإيجار الأماكن.

فالإيجار العادي للأرض الزراعية يخضع في الأصل للأحكام العامة في عقد الإيجار، ولكن التقنين المدني الحالي خصه ببعض أحكام تتلاءم مع طبيعته، كما أن قانون الإصلاح الزراعي أتىٰ بأحكام هامة في تنظيم العلاقة بين مستأجري الأرض الزراعية ومالكيها، عدلت في بعض النواحي الأحكام العامة التي تسري علىٰ هذا الإيجار، وقد رئي النص في المشروع علىٰ أهم الأحكام العامة في هذا الصدد، سواء ما جاء منها في التقنين الحالي، وما نص عليه قانون الإصلاح الزراعي، وترك ما عدا ذلك لهذا القانون الأخير، لا سيما وأن الكثير من قواعد هذا القانون قد تكون عرضة للتغيير بحسب ظروف المجتمع.

والمزارعة كذلك خصها التقنين المدني الحالي ببعض أحكام تتفق مع الخصائص التي تتميز بها عن الإيجار العادي، كما عرض لها قانون الإصلاح الزراعي، وسار المشروع في تنظيمها علىٰ الطريقة ذاتها التي اتبعها في الإيجار العادي للأرض الزراعية.

وإيجار الوقف استمد التقنين الحالي أحكامه من الشريعة الإسلامية، باعتبارها مصدر النظام القانوني للوقف، ولذلك أبقىٰ المشروع علىٰ هذه الأحكام.

أما إيجار الأماكن الذي نظم فيه الشارع العلاقة بين المؤجر والمستأجر لمواجهة أزمة المساكن، فقد رئي تركه للقوانين الخاصة التي اضطر الشارع إلىٰ تعديلها مرات عديدة في فترات قصيرة مراعاة للظروف الاجتماعية التي كثيرًا ما يستعصىٰ عليه إيجاد الحلول الملائمة

لها.

إيجار الأراضي الزراعية:

مادة (606): إذا استؤجرت الأرض الزراعية، نقدًا أو مزارعة، مدة سنة أو عدة سنوات - كان للمستأجر أن يزرعها دورة زراعية سنوية أو عدة دورات.

هذه المادة تتفق مع المادة (612) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ أنه: «إذا ذكر في عقد إيجار الأرض الزراعية أن الإيجار قد عقد لسنة أو لعدة سنوات؛ كان المقصود من ذلك أنه قد عقد لدورة زراعية سنوية أو لعدة دورات».

ذلك أن مدة إيجار الأرض الزراعية تحسب بالسنين الزراعية، والسنة الزراعية غير السنة التقويمية، فهي تختلف عنها من حيث الابتداء ومن حيث الانتهاء، وذلك سواء كان الإيجار نقدًا أو مزارعة.

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (799) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (618) من التقنين الكويتي.

وتتفق مع ما يقرره الفقه الإسلامي، فقد نصت المادة (656) من مرشد الحيران علىٰ أن: «من استأجر أرضًا سنة ليزرع فيها ما شاء؛ فله أن يزرعها زرعين شتويًّا وصيفيًّا».

مادة (607): 1- يكون تأجير الأرض الزراعية لمن يتولىٰ زراعتها بنفسه. 2- فلا يجوز لمستأجر هذه الأرض، نقدًا أو مزارعة، أن يؤجرها من الباطن، أو أن ينزل عن الإيجار للغير، وإلا كان عقد الإيجار الأصلي باطلًا، وكذلك عقد الإيجار من الباطن، أو النزول عن الإيجار.

هذه المادة تتفق مع المادة (22) فقرة أولىٰ من قانون الإصلاح الزراعي التي تنص علىٰ ما يأتي:

«يكون تأجير الأرض الزراعية لمن يتولىٰ زراعتها بنفسه، ولا يجوز للمستأجر

تأجيرها من الباطن أو التنازل عن الإيجار أو مشاركته فيهما.

ويقع باطلًا كل تعاقد يتم بالمخالفة للحكم المتقدم، ويشمل البطلان أيضًا العقد المبرم بين المؤجر والمستأجر الأصلي» (معدلة بالقانون رقم (255) لسنة 1954، وبالقانون رقم (52) لسنة 1966).

فالفقرة الأولىٰ من النص المقترح، وما يقابلها في قانون الإصلاح الزراعي - نص آمر، ومن ثم يكون الجزاء علىٰ مخالفته هو البطلان.

ويقتضي إعمال هذا النص أن يحرم علىٰ المستأجر التأجير من الباطن، أو النزول عن الإيجار، فإن خالف هذا المنع، كان الجزاء هو بطلان عقد الإيجار الأصلي، ويسقط ببطلانه الإيجار من الباطن أو النزول عن الإيجار، وهذا هو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة المقترحة، وما يقضي به كذلك قانون الإصلاح الزراعي.

وهدف الشارع من تحريم تأجير الأرض الزراعية إلا لمن يتولىٰ زراعتها بنفسه - هو منع استغلال الوسطاء للفلاحين، وهذا التحريم يشمل الإيجار العادي والإيجار بطريق المزارعة، ويسري بالنسبة إلىٰ الحقول وإلىٰ الحدائق، وهو يعتبر منعًا من التصرف فرضه القانون وجعله من النظام العام لاعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة.

والسند الشرعي للمادة المقترحة أن الهدف منها منع استغلال الوسطاء للفلاحين، ومن ثم فإنها تستند إلىٰ اعتبارات تتعلق بمصلحة اجتماعية عامة.

مادة (608):

1- يجب أن يكون عقد الإيجار، نقدًا أو مزارعة - ثابتًا بالكتابة أيًّا كانت قيمته، ويحرر العقد من ثلاث نسخ علىٰ الأقل توقع من أطرافه، ويحتفظ كل من المتعاقدين بنسخة منها، وتودع نسخة أخرىٰ مقر الجمعية التعاونية الزراعية المختصة في القرية الكائنة في زمامها الأطيان المؤجرة، فإذا لم توجد جمعية في تلك القرية أودعت مقر الجمعية التعاونية الزراعية المشتركة في المركز التابعة له القرية، ويقع عبء الالتزام بالإيداع علىٰ المؤجر.

2- وإذا امتنع المؤجر عن الإيداع، أو امتنع أحد الطرفين عن توقيع عقد الإيجار

- وجب علىٰ الطرف الآخر أن يبلغ ذلك إلىٰ الجمعية التعاونية الزراعية المختصة لاتخاذ الإجراءات التي ينص عليها القانون في هذه الحالة.

3- ولا تسمع الدعاوىٰ الناشئة عن عقد الإيجار إذا لم يكن العقد ثابتًا بالكتابة، وإذا كان عقد الإيجار مكتوبًا، ولم تودع نسخة منه مقر الجمعية التعاونية الزراعية المختصة؛ فلا تسمع الدعاوىٰ الناشئة عنه ممن أخل بالالتزام بالإيداع.

هذه المادة تتفق مع المواد (26 و36 مكرر و36 مكرر (أ) و(36) مكرر (ب) من قانون الإصلاح الزراعي.

فقد نصت المادة (26) من هذا القانون على ما يأتي:

«يجب أن يكون عقد الإيجار مزارعة أو نقدًا ثابتًا بالكتابة أيًّا كانت قيمته، وكذلك كل اتفاق علىٰ استغلال أراض زراعية، ولو كان لزرعة واحدة.

ويحرر العقد من ثلاث نسخ علىٰ الأقل توقع من أطرافه، ويحتفظ كل من المتعاقدين بنسخة منها، وتودع نسخة أخرىٰ بالجمعية التعاونية الزراعية المختصة في القرية الكائنة في زمامها الأطيان المؤجرة، فإذا لم توجد جمعية في تلك القرية فيكون الإيداع بالجمعية التعاونية الزراعية المشتركة في المركز التابعة له القرية، ويقع عبء الالتزام بالإيداع علىٰ المؤجر (معدلة بالقانون رقم (17) لسنة 1963، والقانون رقم (52) لسنة 1966.

ونصت المادة (36) مكرر على ما يأتي:

«إذا امتنع المؤجر عن إيداع عقد الإيجار بالجمعية التعاونية الزراعية المختصة، أو إذا امتنع أحد الطرفين عن توقيع عقد الإيجار؛ وجب علىٰ الطرف الآخر أن يبلغ ذلك إلىٰ الجمعية التعاونية الزراعية المختصة.

وعلىٰ رئيس مجلس إدارة الجمعية، أو من ينيبه المجلس في ذلك - أن يحيل الأمر إلىٰ لجنة الفصل في المنازعات الزراعية، وعلىٰ اللجنة أن تتحقق من قيام العلاقة الإيجارية ومن نوعها بكافة طرق الإثبات، فإذا ثبت لها قيام العلاقة الإيجارية أصدرت قرارًا بذلك، وكلفت رئيس الجمعية التعاونية الزراعية المختصة بتحرير العقد وتوقيعه

نيابة عن الطرف الممتنع، وتسلم نسخة من هذا العقد إلىٰ كل من طرفيه، وتودع نسخة أخرىٰ منه بالجمعية مع صورة رسمية من قرار اللجنة، ويكون هذا العقد ملزمًا للطرفين (مضافًا بالقانون رقم (17) لسنة 1963، ومعدلة بالقانون رقم (52) لسنة 1966).

ونصت المادة (36) مكرر (أ) على ما يأتي:

«وفي حالة ثبوت العلاقة الإيجارية وفقًا لحكم المادة السابقة، يلتزم الطرف الممتنع عن إيداع العقد أو توقيعه بأن يؤدي إلىٰ الجمعية التعاونية الزراعية المختصة مصاريف إدارية عن سنة زراعية واحدة، تعادل 1٪ من الأجرة السنوية للعين المؤجرة، مقدرة علىٰ أساس سبعة أمثال الضريبة العقارية الأصلية المفروضة عليها.

ويعاقب بالحبس كل مؤجر يمتنع عمدًا عن تحرير عقد الإيجار وفقًا لحكم المادة (36)، أو يمتنع عن إيداع العقد بالجمعية التعاونية الزراعية المختصة دون سبب مشروع.

كما يعاقب بالعقوبة ذاتها كل مؤجر أو مستأجر يمتنع عمدًا عن توقيع عقد الإيجار، (مضافة بالقانون رقم (17) لسنة 1963، ومعدلة بالقانون رقم (52) لسنة 1966).

ونصت المادة (36) مكرر (ب) على ما يأتي:

«لا تقبل المنازعات والدعاوىٰ الناشئة عن إيجار الأراضي الزراعية مزارعة أو نقدًا، أمام أية جهة إدارية أو قضائية، ما لم يكن عقد الإيجار مودعًا بالجمعية التعاونية الزراعية المختصة.

فإذا كان عقد الإيجار مكتوبًا، ولم تودع نسخة منه بالجمعية التعاونية الزراعية المختصة - فلا تقبل المنازعات والدعاوىٰ الناشئة عن هذا العقد ممن أخل بالالتزام بالإيداع» (مضافة بالقانون رقم (17) لسنة 1963، ومعدلة بالقانون رقم (52) لسنة 1966).

فبمقتضىٰ المادة المقترحة يجب أن يكون عقد الإيجار، نقدًا أو مزارعة، ثابتًا بالكتابة أيًّا كانت قيمته، والكتابة هنا مطلوبة للإثبات لا للانعقاد، وحتىٰ تستوفىٰ الكتابة المطلوبة يجب أن يحرر العقد من ثلاث نسخ علىٰ الأقل توقع من أطرافه، وتعطىٰ نسخة منها لكل من المتعاقدين، وتودع الثالثة بالجمعية التعاونية الزراعية المختصة في

القرية، فإذا لم توجد جمعية في القرية أودعت بالجمعية التعاونية الزراعية المشتركة في المركز التابعة له القرية.

ويقع علىٰ المؤجر واجب الإيداع.

وفي حالة امتناع المؤجر عن الإيداع، أو امتناع أحد الطرفين عن توقيع عقد الإيجار، فقد رسم قانون الإصلاح الزراعي إجراءات ترمي إلىٰ جعل الجمعية التعاونية الزراعية مشرفة علىٰ تحرير عقود الإيجار والاحتفاظ بصورة منها، وذلك علىٰ النحو المنصوص عليه في المادة (36) مكرر السالفة الذكر.

فإذا لم يكن عقد الإيجار ثابتًا بالكتابة علىٰ هذا النحو أو ذاك؛ فلا تسمع الدعاوىٰ الناشئة عنه، وفي هذا الجزاء ما يكفي لحمل الطرفين علىٰ تحرير عقد الإيجار وإيداع نسخة منه.

والسند الشرعي للمادة المقترحة أن تدوين التعامل في محرر أمر مندوب إليه شرعًا قطعًا للنزاع، وقد جاء في الآية الكريمة: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ﴾ [البقرة: 282].

مادة (609):

1- مع عدم الإخلال بالقواعد المقررة في الإثبات، يجب علىٰ المؤجر أن يقبل الوفاء بالأجرة من المستأجر، وأن يعطيه مخالصة عن كل مبلغ يؤديه منها، وإلا كان للمستأجر أن يبرئ ذمته بأن يودع الأجرة علىٰ ذمة المؤجر الجمعية التعاونية الزراعية المختصة مقابل إيصال، أو يودعها الجمعية بموجب حوالة بريدية بكتاب مسجل مصحوب بعلم وصول.

وعلىٰ رئيس الجمعية أو من ينوب عنه - أن يعرض المبلغ المودع علىٰ المؤجر، أو وكيله في التحصيل بكتاب مسجل مصحوب بعلم وصول خلال أسبوع من تاريخ الإيداع، فإذا رفض المؤجر أو وكيله تسلم المبلغ المودع خلال أسبوع من تاريخ إبلاغه بالعرض؛ أودعت الجمعية المبلغ علىٰ ذمة المؤجر خزانة المحكمة المختصة، وأخطرت كلًّا من المؤجر والمستأجر بذلك بكتاب مسجل مصحوب بعلم وصول.

2- وفي حالة الإيجار بطريق المزارعة إذا امتنع المؤجر أو وكيله عن محاسبة

المستأجر، وتسلم نصيبه في المحصول؛ كان للمستأجر أن يخطر الجمعية التعاونية الزراعية المختصة بذلك كتابة.

وعلىٰ رئيس الجمعية أو من ينوب عنه - أن يبلغ شكوىٰ المستأجر إلىٰ المؤجر، أو إلىٰ وكيله بكتاب مسجل مصحوب بعلم وصول خلال أسبوع من تاريخ الإخطار، فإذا لم يقم المؤجر أو وكيله بمحاسبة المستأجر، وتسلم نصيبه في المحصول خلال أسبوع من تاريخ إبلاغه بشكوىٰ المستأجر - تولت الجمعية بيع المحصول ومحاسبة المستأجر، وأودعت نصيب المؤجر خزانة المحكمة المختصة، وأخطرت المؤجر أو وكيله بذلك بكتاب مسجل مصحوب بعلم وصول.

هذه المادة تتفق مع المادتين (26) مكرر (و) و(36) مكرر (ز) من قانون الإصلاح الزراعي المضافتين بالقانون رقم (17) لسنة 1963، والمعدلتين بالقانون رقم (52) لسنة 1966.

فقد نصت المادة (36) مكرر (و) من هذا القانون على ما يأتي:

«مع عدم الإخلال بالقواعد العامة في الإثبات، يجب علىٰ المؤجر أن يسلم إلىٰ المستأجر مخالصة مكتوبة عن كل مبلغ يؤديه إليه من الأجرة، ولا يجوز للمؤجر توكيل الغير في تحصيل أجرة، إلا إذا قام بتعيين الوكيل في عقد الإيجار، فإذا اختار هذا الوكيل بعد تحرير العقد، وإيداعه الجمعية التعاونية الزراعية المختصة؛ وجب عليه أن يبلغ كلًّا من المستأجر والجمعية باسم الوكيل خلال أسبوع من تاريخ توكيله، وذلك بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول.

وتبرأ ذمة المستأجر إذا أوفىٰ بالأجرة إلىٰ المؤجر أو وكيله».

ونصت المادة (26) مكرر (ز) على ما يأتي:

إذا امتنع المؤجر أو وكيله عن تسلم الأجرة، أو إذا امتنع أيهما عن تسليم المستأجر مخالصة مكتوبة عما يؤديه من الأجرة؛ كان للمستأجر أن يودع الأجرة علىٰ ذمة المؤجر في الجمعية التعاونية الزراعية المختصة مقابل إيصال من الجمعية، أو يودعها الجمعية بموجب حوالة بريدية بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول.

وعلىٰ رئيس مجلس إدارة الجمعية، أو من يكلفه المجلس بذلك من أعضائه - أن يعرض المبلغ المودع علىٰ المؤجر، أو وكيله في التحصيل بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول، وذلك خلال أسبوع من تاريخ الإيداع، فإذا رفض المؤجر أو الوكيل تسلم المبلغ المودع خلال أسبوع من تاريخ إبلاغه بالعرض؛ أودعت الجمعية المبلغ علىٰ ذمة المؤجر خزانة المحكمة الجزئية الواقعة في دائرة اختصاصها الأرض المؤجرة بعد خصم رسوم الإيداع والمصاريف الإدارية، وتخطر الجمعية في هذه الحالة كلًّا من المستأجر والمؤجر بذلك بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول.

وفي حالة الإيجار بطريق المزارعة إذا امتنع المؤجر أو وكيله عن محاسبة المستأجر، وتسلم نصيبه في المحصول؛ كان للمستأجر أن يخطر الجمعية التعاونية الزراعية المختصة بذلك كتابة.

وعلىٰ رئيس مجلس إدارة الجمعية أو من يكلفه المجلس بذلك من أعضائه - أن يبلغ شكوىٰ المستأجر إلىٰ المؤجر أو إلىٰ وكيله بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول، وذلك خلال أسبوع من تاريخ الإخطار.

فإذا لم يقم المؤجر أو وكيله بمحاسبة المستأجر، وتسلم نصيبه في المحصول خلال أسبوع من تاريخ إبلاغه بشكوىٰ المستأجر؛ قامت الجمعية ببيع المحصول ومحاسبة المستأجر، وأودعت نصيب المؤجر خزانة المحكمة الجزئية الواقعة في دائرة اختصاصها الأرض المؤجرة بعد خصم رسوم الإيداع والمصاريف الإدارية، وتخطر المؤجر أو وكيله بذلك بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول.

وفي جميع الأحوال يعتبر الإيداع مبرئًا لذمة المستأجر بمقدار ما تم إيداعه من الأجرة».

وحكم الفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة يقصد به المحافظة علىٰ حقوق المستأجر، بتمكينه من توفير الدليل علىٰ وفائه بالأجرة، أو بأي مبلغ يؤديه منها، حيث يجب علىٰ المؤجر أن يقبل الوفاء بالأجرة من المستأجر، وأن يعطيه مخالصة بأي مبلغ يؤديه، فإذا رفض المؤجر قبول الوفاء بالأجرة، أو إعطاءه مخالصة بما دفع؛ استطاع المستأجر أن يبرئ ذمته بإيداع المبلغ صندوق الجمعية التعاونية الزراعية المختصة، وفي هذه الحالة تتولىٰ الجمعية عرض المبلغ المؤجر، فإذا رفض تسلمه أودعته خزانة

المحكمة.

وإذا كان الإيجار بطريق المزارعة، فإن حكم الفقرة الثانية من المادة المقترحة يقصد به تمكين المستأجر من تصفية حسابه مع المؤجر، وأخذ نصيبه في المحصول، فإذا امتنع المؤجر عن محاسبة المستأجر؛ كان لهذا أن يخطر الجمعية الزراعية المختصة؛ لكي تبلغ شكواه إلىٰ المؤجر، فإذا لم يقم المؤجر بعد ذلك بمحاسبة المستأجر؛ تولت الجمعية بيع المحصول ومحاسبة المستأجر، وأودعت نصيب المؤجر خزانة المحكمة المختصة.

والسند الشرعي للمادة المقترحة أن حكمها يقصد به المحافظة علىٰ حقوق المستأجر، وقطع دابر ما عسىٰ أن يقع من نزاع بين الطرفين.

مادة (610): لا يشمل إيجار الأرض الزراعية المواشي والأدوات الزراعية التي توجد في الأرض، إلا إذا شرط ذلك في العقد.

هذه المادة تتفق مع المادة (610) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ أنه: «إذا كانت العين المؤجرة أرضًا زراعية؛ فلا يكون المؤجر ملزمًا بتسليم المواشي والأدوات الزراعية التي توجد في الأرض، إلا إذا كان الإيجار يشملها».

وقد عدلت هذه المادة تعديلًا لفظيًّا علىٰ النحو الوارد في النص المقترح، لإبراز أصل الحكم، فإيجار الأرض الزراعية لا يشمل في الأصل ما يوجد فيها من مواشٍ وأدوات زراعية وآلات الحرث والري والحصاد، حيث لا تعد من ملحقات الأرض نظرًا إلىٰ أهميتها، ومن ثم لا يشملها الإيجار بمجرده، فإذا أريد أن يشملها الإيجار؛ وجب أن يذكر ذلك في العقد، وفي هذه الحالة يكون هناك إيجار للأرض، وإيجار آخر للمواشي والأدوات الزراعية، ويترتب علىٰ ذلك أن تكون الأجرة قسمين، قسمًا منها للأرض، وقسمًا آخر للمواشي والأدوات الزراعية.

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (798) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (715/ 1) مع التقنين الأردني.

وتتفق مع المادة (617/ 1) من التقنين الكويتي.

والسند الشرعي للمادة المقترحة أن حكمها هو ما يجري به العرف الزراعي.

مادة (611):

1- يلتزم المستأجر بأن يستغل الأرض الزراعية المؤجرة علىٰ النحو المتفق عليه، فإن لم يكن هناك اتفاق، وجب عليه أن يستغلها وفقًا لمقتضيات الاستغلال المألوف، وعليه بوجه خاص أن يعمل علىٰ أن تبقىٰ الأرض صالحة للإنتاج.

2- ولا يجوز له دون رضاء المؤجر أن يدخل علىٰ الطريقة المتبعة في استغلالها أي تغيير جوهري يمتد أثره إلىٰ ما بعد انتهاء الإيجار.

هذه المادة تتفق مع المادة (613) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- يجب أن يكون استغلال المستأجر للأرض الزراعية موافقًا لمقتضيات الاستغلال المألوف، وعلىٰ المستأجر بوجه خاص أن يعمل علىٰ أن تبقىٰ الأرض صالحة للإنتاج.

2- ولا يجوز له دون رضاء المؤجر أن يدخل علىٰ الطريقة المتبعة في استغلالها أي تغيير جوهري، يمتد أثره إلىٰ ما بعد انتهاء الإيجار».

وقد أضيف إلىٰ الفقرة الأولىٰ من هذه المادة ما يفيد التزام المستأجر بأن يستغل الأرض المؤجرة علىٰ النحو المتفق عليه، إذا كان هناك اتفاق، فإذا اشترط عليه المؤجر أن يتبع نظامًا خاصًّا في زراعة الأرض؛ كان ملزمًا باتباع هذا النظام في الزراعة، فهذا هو أول ما يعتد به في استغلال الأرض، فإذا لم يوجد اتفاق في هذا الشأن؛ كان علىٰ المستأجر أن يستغل الأرض وفقًا لمقتضيات الاستغلال المألوف بحسب ما أعدت له.

انظر: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م (817)، في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 4/ ص608 و609)، والمادة المقترحة تتفق مع المادة (804/ 1) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (718) من التقنين الأردني.

وتتفق مع المادة (616) من التقنين الكويتي.

والسند الشرعي للمادة المقترحة أن حكمها هو ما يجري به العرف الزراعي، وقد

نصت عليه المواد (586 و623 و625) من مجلة الأحكام الشرعية في الفقه الحنبلي، وهو رأي جمهور فقهاء المذاهب جميعها.

مادة (612): إذا شمل الإيجار مواشي وأدوات زراعية مملوكة للمؤجر؛ وجب علىٰ المستأجر أن يرعاها ويتعهدها بالصيانة بحسب المألوف إلىٰ الانتفاع بها.

هذه المادة تتفق مع المادة (611) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ أنه: «إذا تسلم المستأجر مواشي وأدوات زراعية مملوكة للمؤجر؛ وجب عليه أن يرعاها ويتعهدها بالصيانة بحسب المألوف في استغلالها».

وقد عدلت هذه المادة بالنص علىٰ أصل الحكم، وهو أن يشمل الإيجار مواشي وأدوات زراعية مملوكة للمؤجر؛ لأن المستأجر لا يتسلم هذه المواشي والأدوات، إلا إذا كان الإيجار يشملها، فإذا تسلمها بناء علىٰ ذلك؛ وجب عليه أن يبذل من العناية في رعاية المواشي، وتعهد الأدوات الزراعية بالصيانة ما يبذله الشخص العادي، وبحسب المألوف في الانتفاع بهذه الأشياء، وقد استبدلت عبارة: «في الانتفاع بها» في نهاية النص بعبارة: «في استغلالها» تحريًا للدقة في التعبير.

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (715/ 2) من التقنين الأردني.

وتتفق مع المادة (617/ 2) من التقنين الكويتي.

والسند الشرعي للمادة المقترحة هو القاعدة التي تحرم الإضرار بالغير، حيث يجب علىٰ المستأجر ألا يلحق ضررًا بالمؤجر بتقصيره في رعاية المواشي، أو صيانة الأدوات الزراعية.

مادة (613):

1- علىٰ المستأجر أن يقوم بإجراء الإصلاحات التي يقتضيها الانتفاع المألوف بالأرض المؤجرة، ويلتزم بوجه خاص بتطهير وصيانة الترع والمساقي والمراوي والمصارف، وكذلك القيام بأعمال الصيانة الممهدة للطرق والجسور والقناطر والأسوار والآبار والمباني المعدة للسكنىٰ أو للاستغلال.

2- أما إجراء الإصلاحات التي يتوقف عليها استيفاء المنفعة المقصودة، كإقامة

المباني والإصلاحات الكبرىٰ للمباني القائمة وغيرها من ملحقات العين والإصلاحات اللازمة للآبار والترع ومجاري المياه والخزانات - فيلتزم بها المؤجر.
2- كل هذا ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغيره.

هذه المادة تتفق مع المادة (614) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- علىٰ المستأجر أن يقوم بإجراء الإصلاحات التي يقتضيها الانتفاع المألوف بالأرض المؤجرة، ويلتزم بوجه خاص بتطهير وصيانة الترع والمساقي والمراوي والمصارف، وكذلك القيام بأعمال الصيانة المعتادة للطرق والجسور والقناطر والأسوار والآبار والمباني المعدة للسكنىٰ أو للاستغلال، كل هذا ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغيره.

2- أما إقامة المباني والإصلاحات الكبرىٰ للمباني القائمة وغيرها من ملحقات العين - فيلتزم بها المؤجر، ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغير ذلك، وكذلك يكون الحكم في الإصلاحات اللازمة للآبار والترع ومجاري المياه والخزانات».

وقد عدلت الفقرة الثانية من هذه المادة بالنص في صدرها علىٰ نوع الإصلاحات التي تقع علىٰ عاتق المؤجر، بالمقابلة مع نوع الإصلاحات التي يلتزم بها المستأجر في صدر الفقرة الأولىٰ، فالمستأجر يلتزم بالإصلاحات التأجيرية، وهي الإصلاحات التي يقتضيها الانتفاع المألوف بالأرض المؤجرة، والمؤجر يلتزم بالإصلاحات غير التأجيرية، وهي الإصلاحات التي يتوقف عليها استيفاء المنفعة المقصودة من الأرض المؤجرة، وقد عددت الفقرة الأولىٰ أهم الإصلاحات التأجيرية، وعددت الفقرة الثانية أهم الإصلاحات غير التأجيرية، وليس هذا التعداد أو ذاك علىٰ سبيل الحصر.

وأفردت فقرة مستقلة، وهي الفقرة الثالثة في المادة المقترحة، لحالة ما إذا كان هناك اتفاق أو عرف يقضي بغير الحكم المنصوص عليه في أي من الفقرتين الأولىٰ والثانية، فإذا وجد اتفاق في هذا الشأن؛ كان هو الواجب الاتباع، وإذا لم يكن هناك اتفاق؛ وجب الأخذ بما يقضي به العرف، وإذا لم يوجد اتفاق ولا عرف؛ سرىٰ الحكم المنصوص عليه.

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (619) من التقنين الأردني.

وتتفق مع المادة (620) من التقنين الكويتي.

والسند الشرعي للمادة المقترحة أن حكمها هو ما يجري به العرف، وهو ما نصت عليه المادتان (575 و576) من مجلة الأحكام الشرعية في الفقه الحنبلي، وبه قال فقهاء المذاهب الأربعة، فقد نصت المادة (575) من هذه المجلة علىٰ أنه: «يجب علىٰ المؤجر عند الإطلاق كل ما يتمكن به المستأجر من الانتفاع علىٰ الوجه المسمىٰ في العقد». ونصت المادة (576) علىٰ أنه: «لا يلزم المؤجر ما كان عائدًا لمصلحة المستأجر مما هو خارج عن منفعة المأجور إلا بشرط».

مادة (614): إذا لم يتمكن المستأجر من تهيئة الأرض للزراعة أو من بذرها أو هلك البذر كله أو أكثره، وكان ذلك بسبب قوة قاهرة - برئت ذمته من الأجرة كلها أو بعضها بحسب الأحوال، ولا يجوز الاتفاق علىٰ خلاف ذلك.

هذه المادة تقابل المادة (615) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ أنه: «إذا منع المستأجر من تهيئة الأرض للزراعة أو من بذرها، أو هلك البذر أو أكثره، وكان ذلك بسبب قوة قاهرة - برئت ذمة المستأجر من الأجرة كلها أو بعضها بحسب الأحوال، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بغيره».

وقد أدخل على هذه المادة التعديلان الآتيان:

1- استبدلت عبارة: «إذا لم يتمكن المستأجر من تهيئة الأرض للزراعة» في صدر النص بعبارة: «إذا منع المستأجر من تهيئة الأرض للزراعة».

2- أخذ بعكس الحكم المذكور في نهاية النص، فلا يجوز الاتفاق علىٰ خلاف ما تقضي به المادة المقترحة، حيث لا يجوز للمؤجر أن يشترط علىٰ المستأجر أن يتحمل تبعة القوة القاهرة فلا تسقط عنه الأجرة حتىٰ لو منعته القوة القاهرة، من تهيئة الأرض للزراعة أو أدت إلىٰ هلاك البذر كله أو بعضه، كما لا يجوز للمؤجر أن يشترط عدم مسئوليته عن تعطل آلات الري، كذلك لا يجوز للمستأجر أن يشترط سقوط الأجرة عنه حتىٰ لو لم تكن القوة القاهرة من شأنها أن تمنعه من الزراعة، بل تجعل ذلك أكثر مؤونة

عليه، وهذا كله تطبيقًا للمادة (229) من المشروع التي لا تجيز الاتفاق علىٰ أن يتحمل المدين تبعة القوة القاهرة، أو علىٰ إعفائه من المسئولية المترتبة علىٰ عدم تنفيذ التزامه التعاقدي، إذ إن مثل هذا الاتفاق ينافي مقتضىٰ العقد.

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (800) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (720) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (621/ 1) من التقنين الكويتي التي تتفق مع المادة (615) من التقنين المصري الحالي.

وحكم المادة المقترحة يتفق مع ما يقرره الفقه الإسلامي، فقد نصت المادة (657) من مرشد الحيران علىٰ أنه: «إذا غلب الماء علىٰ الأرض المؤجرة، فاستبحرت ولم يمكن زرعها أو انقطع الماء عنها فلم يمكن ريها - فلا تجب الأجرة أصلًا، وللمستأجر فسخ الإجارة».

المادة (615): 1- إذا هلك الزرع كله قبل حصاده بسبب قوة قاهرة، جاز للمستأجر إسقاط الأجرة. 2- فإذا هلك بعض الزرع وترتب علىٰ هلاكه نقص كبير في ريع الأرض - كان للمستأجر أن يطلب إنقاص الأجرة. 3- وليس للمستأجر أن يطلب إسقاط الأجرة أو إنقاصها إذا كان قد عوض عما أصابه من ضرر بما عاد عليه من ربح في مدة الإجارة كلها، أو بما حصل عليه من طريق التأمين، أو من أي طريق آخر. 4- ولا يجوز الاتفاق علىٰ ما يخالف هذه الأحكام.

هذه المادة تتفق في فقراتها الثلاثة الأولى مع المادة (616) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- إذا بذر المستأجر الأرض ثم هلك الزرع كله قبل حصاده بسبب قوة قاهرة - جاز للمستأجر أن يطلب إسقاط الأجرة.

2- أما إذا لم يهلك إلا بعض الزرع، ولكن ترتب علىٰ الهلاك نقص كبير في ريع

الأرض- كان للمستأجر أن يطلب إنقاص الأجرة.

3- وليس للمستأجر أن يطلب إسقاط الأجرة أو إنقاصها إذا كان قد عوض عما أصابه من ضرر بما عاد عليه من أرباح في مدة الإجارة كلها، أو بما حصل عليه من طريق التأمين أو من أي طريق آخر».

وقد أدخلت علىٰ هذه المادة تعديلات لفظية علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة.

كما أضيفت في المادة المقترحة فقرة مستحدثة، هي الفقرة الرابعة، ويختلف حكم هذه الفقرة عما هو مستقر فقهًا من أنه يجوز الاتفاق علىٰ ما يخالف الأحكام الواردة في الفقرات الثلاثة الأولىٰ حيث إنه بمقتضىٰ هذه الفقرة لا يجوز الاتفاق علىٰ ما يخالف الأحكام الواردة في المادة المقترحة، ومن ثم لا يجوز للمؤجر أن يشترط عدم مسئوليته عن الحوادث القهرية، فلا يرجع عليه المستأجر بشيء إذا وقع حادث قهري تسبب عنه خسارة، كذلك لا يجوز للمستأجر أن يشترط ضمان المؤجر لأي محصول يهلك قبل الحصاد مهما كان مقداره، ولو كان هذا المقدار ليس من شأنه أن ينقص ريع الأرض إنقاصًا كبيرًا، وهذا كله تطبيقًا للمادة (229) من المشروع التي لا تجيز الاتفاق علىٰ أن يتحمل المدين تبعة القوة القاهرة أو علىٰ إعفائه من المسئولية المترتبة علىٰ عدم تنفيذ التزامه التعاقدي، إذ إن مثل هذا الاتفاق ينافي مقتضىٰ العقد.

انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م(820) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 4/ ص 616 و618).

والمادة المقترحة تتفق مع المادتين (621 / 2 و3 و622) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادتين (801 و802 / 2) من التقنين العراقي.

وتقابل المادتين (721 و722) من التقنين الأردني.

وحكمها تطبيق خاص لمبدأ الإيجار المرهق الذي يعرفه الفقه الإسلامي.

وقد نصت المادة (658) من مرشد الحيران في هذا الصدد علىٰ أنه «إذا زرع الأرض المؤجرة فأصاب الزرع آفة فهلك، وجب عليه من الأجرة حصة ما مضىٰ من المدة قبل هلاك الزرع، وسقط حصة ما بقي من المدة بعد هلاكه، إلا إذا كان متمكنًا من زراعة مثل الأول أو دونه في الضرر، فتجب حصة ما بقي من المدة أيضًا». وراجع أيضًا

المادة (683) من مجلة الأحكام الشرعية.

ووجه العدالة ظاهر في أحكام المادة المقترحة، وهو ما يقره الفقه الإسلامي.

مادة (616): إذا انقضت مدة إيجار الأرض قبل أن يدرك الزرع أوان حصاده بسبب لا يد للمستأجر فيه - جاز للمستأجر أن يبقىٰ بالأرض حتىٰ يدرك الزرع ويحصده علىٰ أن يؤدي الأجرة المناسبة.

هذه المادة تتفق مع المادة (617) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ أنه: «يجوز للمستأجر إذا لم تنضج غلة الأرض عند انتهاء الإيجار بسبب لا يد له فيه - أن يبقىٰ بالعين المؤجرة حتىٰ تنضج الغلة، علىٰ أن يؤدي الأجرة المناسبة».

وقد عدلت هذه المادة تعديلًا لفظيًّا علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة.

وبمقتضىٰ المادة المقترحة يترتب علىٰ عدم إدراك الزرع عند انقضاء مدة الإيجار لسبب لا يد للمستأجر فيه - أن يمتد الإيجار بحكم القانون إلىٰ أن يدرك الزرع ويحصد، ويمتد بذات الشروط والضمانات والأجرة، ولكن للمدة اللازمة لإدراك الزرع، فيدفع المستأجر للمؤجر الأجرة المسماة عن المدة التي بقي فيها الزرع بعد انتهاء الإيجار.

انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م(826) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 4/ ص 620 و621).

ويتفق حكم المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الإسلامي في هذا الصدد، فيما عدا أن هذا الفقه يقول بأجر المثل عن المدة الزائدة.

فقد نصت المادة (526) من المجلة علىٰ أنه: «لو انقضت مدة الإجارة قبل إدراك الزرع، فللمستأجر أن يبقي الزرع في الأرض إلىٰ إدراكه، ويعطي أجرة المثل».

ونصت المادة (961) من مرشد الحيران علىٰ أنه: «إذا مضت المدة وفي الأرض شجر عليه ثمر، يبقىٰ في يد المستأجر بأجر المثل إلىٰ الإدراك، وإن لم يرض المؤجر». ونصت المادة (662) من مرشد الحيران علىٰ أنه «إذا مضت مدة الإجارة وبالأرض المستأجرة زرع بقل لم يدرك أوان حصاده - يترك للمستأجر الزرع إلىٰ أن يدرك ويحصد».

وراجع المادة (629) من مجلة الأحكام الشرعية.

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (803) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (717) من التقنين الأردني.

وتتفق مع المادة (624) من التقنين الكويتي.

وهذه التقنينات الثلاثة تقول بأجر المثل عن المدة الزائدة وفقًا لما يراه الفقه الإسلامي، ولكن رئي في النص المقترح أن اعتبار الأجر المسمىٰ عن المدة الزائدة يكفل سهولة الحل من الناحية العملية، وذلك بتوفير الإجراءات الواجب اتخاذها لتقدير أجر المثل، لا سيما وأن الأجر المسمىٰ يغلب فيه أن يكون هو أجر المثل.

مادة (617): لا يجوز لمستأجر أن يأتي عملًا يكون من شأنه أن ينقص أو يؤخر انتفاع من يخلفه، ويجب عليه بوجه خاص قبيل إخلاء الأرض - أن يسمح لهذا الخلف بتهيئة الأرض وبذرها إذا لم يصبه ضرر من ذلك.

هذه المادة تطابق المادة (618) من التقنين الحالي.

وتتفق مع المادة (804 / 2) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (625) من التقنين الكويتي.

انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م(827) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 4/ ص 624).

والسند الشرعي للمادة المقترحة هو ما يقتضيه حكمها من قيام تعاون بين المستأجر السابق والمستأجر اللاحق، وهو أمر يدعو إليه الشرع الإسلامي.

المزارعة:

مادة (618): يجوز أن تعطىٰ الأرض الزراعية والأرض المغروسة بالأشجار والحدائق مزارعة للمستأجر في مقابل أخذ المؤجر نسبة معينة من المحصول.

هذه المادة تتفق مع المادة (619) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ أنه: «يجوز أن تعطىٰ الأرض الزراعية والأرض المغروسة بالأشجار مزارعة للمستأجر في مقابل أخذ المؤجر جزءًا معينًا من المحصول».

وقد أضيفت إلىٰ هذا النص عبارة: «والحدائق»؛ لكي يكون النص شاملًا، إذ إن هناك من الحدائق ما لا يكون مغروسًا بالأشجار، كما استبدلت عبارة: «نسبة معينة» بعبارة: «جزءًا معينًا» توخيًا للدقة في التعبير.

والمزارعة عقد إيجار يرد علىٰ أرض زراعية، سواء كانت أرضًا خالية أو مغروسة بالأشجار أو حدائق ليست مغروسة بالأشجار، وتتميز عن الإيجار العادي للأرض الزراعية بأن الأجرة فيها نسبة معينة من ذات المحصول الذي تنتجه الأرض.

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (805) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (723) من التقنين الأردني.

وتتفق مع المادة (626) من التقنين الكويتي.

وحكمها يتفق مع ما يقرره الفقه الإسلامي في هذا الصدد. فقد نصت المادة (1431) من المجلة علىٰ أن: «المزارعة نوع شركة علىٰ كون الأراضي من طرف والعمل من طرف آخر، يعني: أن الأراضي تزرع والحاصلات تقسم بينهما». ونصت المادة (1435) علىٰ أنه: «يشترط حين العقد تعيين حصة الفلاح جزءًا شائعًا من الحاصلات كالنصف والثلث، وإن لم تعين حصة أو تعينت علىٰ إعطاء شيء من غير الحاصلات؛ أو علىٰ مقدار كذا مدا من الحاصلات؛ فالمزارعة غير صحيحة».

كذلك نصت المادة (695) من مرشد الحيران علىٰ أن: «المزارعة هي معاقدة علىٰ الزرع بين صاحب الأرض وبين المزارع، فيقسم الحاصل بينهما بالحصص التي يتفقان عليها وقت العقد»، ونصت المادة (699) علىٰ أنه: «لا تصح المزارعة إلا إذا عين للعاقدين حصة شائعة من المحصول، فإن شرط لأحدهما قفزان معلومة أو محصول موضع معين، أو اشترط احتساب البذر من أصل المحصول أو دفع الخراج الموظف من المحصول وقسمة الباقي بينهما - فسدت المزارعة».

مادة (619): تسري أحكام الإيجار علىٰ المزارعة، مع مراعاة الأحكام الآتية، وما ينص عليه في قوانين خاصة.

هذه المادة تقابل المادة (620) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ أن: «تسري أحكام الإيجار علىٰ المزارعة مع مراعاة الأحكام الآتية، إذا لم يوجد اتفاق أو عرف يخالفها».

وقد عدلت هذه المادة بأن استبدلت عبارة: «وما ينص عليه في قوانين خاصة» بعبارة: «إذا لم يوجد اتفاق أو عرف يخالفها». وذلك إشارة إلىٰ قانون الإصلاح الزراعي الذي أبان بالتفصيل ما يلزم به كل من المؤجر والمستأجر، بحيث لا يجوز الأخذ باتفاق أو عرف يخالف أحكامه، (انظر المادتين (33) مكرر (ب) و(33) مكرر (د) من قانون الإصلاح الزراعي).

والمادة المقترحة تقابل المادة (627) من التقنين الكويتي التي تطابق المادة (620) من التقنين المصري الحالي.

مادة (620): 1- يوزع المحصول بين الطرفين بالنسبة المتفق عليها أو بالنسبة التي يعينها العرف. وفي جميع الأحوال لا يجوز أن يزيد نصيب المؤجر من المحصول علىٰ الحد الذي يفرضه القانون. 2- فإذا هلك المحصول كله أو بعضه بسبب قوة قاهرة، تحمل الطرفان معًا تبعة هذا الهلاك، ولا يرجع أحد منهما علىٰ الآخر.

هذه المادة مستمدة من المادة (624) من التقنين الحالي، والمادة (33) من قانون الإصلاح الزراعي.

فالمادة (624) من التقنين الحالي تنص على ما يأتي:

«1- توزع الغلة بين الطرفين بالنسبة المتفق عليها أو بالنسبة التي يعينها العرف، فإذا لم يوجد اتفاق أو عرف، كان لكل منهما نصف الغلة.

2- فإذا هلكت الغلة كلها أو بعضها بسبب قوة قاهرة، تحمل الطرفان معًا تبعة هذا الهلاك، ولا يرجع أحد منهما علىٰ الآخر».

والمادة (33) من قانون الإصلاح الزراعي تنص على ما يأتي:

«... وفي حالة الإيجار بطريق المزارعة لا يجوز أن يزيد نصيب المالك علىٰ النصف بعد خصم جميع المصروفات».

وفي نطاق التطبيق الحالي لهاتين المادتين، فإن نص قانون الإصلاح الزراعي يعتبر مكملًا للمادة (624) من التقنين الحالي، حيث يوزع المحصول بين الطرفين بحسب النسبة المتفق عليها، وإنما لا يجوز الاتفاق علىٰ أن تكون حصة المؤجر أكثر من النصف، فإذا لم يوجد اتفاق علىٰ النسبة التي يوزع بها المحصول، اتبع العرف الزراعي في تحديد هذه النسبة بشرط ألا تكون حصة المؤجر أكثر من النصف، فإذا لم يوجد عرف اقتسم الطرفان المحصول مناصفة، وتعيين الحد الأقصىٰ لحصة المؤجر بنصف المحصول يتعلق بالنظام العام، فلا يجوز النزول عنه ولا الاتفاق علىٰ ما يخالفه.

وقد رئي ألا يتضمن النص المقترح حدًّا أقصىٰ لنصيب المؤجر من المحصول؛ لأن هذا الحد عرضة للتغيير، والاكتفاء بمراعاة الحد الذي يفرضه القانون.

فبمقتضىٰ الفقرة الأولىٰ من النص المقترح يوزع المحصول بين الطرفين بحسب النسبة المتفق عليها، إنما لا يجوز الاتفاق علىٰ أن تزيد حصة المؤجر علىٰ الحد الذي يفرضه القانون، فإذا لم يوجد اتفاق علىٰ النسبة التي يوزع بها المحصول؛ اتبع العرف الزراعي في تحديد هذه النسبة بشرط ألا تزيد حصة المؤجر علىٰ الحد الذي يفرضه القانون، فإذا لم يوجد عرف؛ اقتسم الطرفان المحصول بحسب النسبة التي يفرضها القانون.

وبمقتضىٰ الفقرة الثانية من النص المقترح إذا هلك المحصول كله أو بعضه بسبب قوة قاهرة، فإنه يهلك علىٰ الطرفين كل بمقدار حصته، ولا يرجع أحد منهما علىٰ الآخر، وذلك سواء هلك المحصول قبل حصاده أو هلك بعد الحصاد، إذ إن المحصول يعتبر ملكًا شائعًا بين الطرفين، فإذا هلك فإنه يهلك علىٰ مالكه، لا فرق في ذلك بين أن يقع الهلاك قبل الحصاد وأن يقع هذا الهلاك بعد الحصاد.

والمادة المقترحة تقابل المادة (806) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (727) من التقنين الأردني.

وتقابل المادتين (633 و634) من التقنين الكويتي.

والسند الشرعي للفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة أن حكمها يجري به العرف وتنهض به اعتبارات العدالة، وهو ما يقره الفقه الإسلامي.

أما الفقرة الثانية فسندها الشرعي تلك القاعدة التي تقضي بأنه إذا هلك الشيء بقوة قاهرة، فإنه يهلك علىٰ مالكه.

مادة (621): يشمل الإيجار في المزارعة الأدوات الزراعية والمواشي التي توجد في الأرض وقت التعاقد إذا كانت مملوكة للمؤجر، ما لم يتفق علىٰ غير ذلك.

هذه المادة تتفق مع المادة (622) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ أن: «الإيجار في المزارعة تدخل فيه الأدوات الزراعية والمواشي التي توجد في الأرض وقت التعاقد، إذا كانت مملوكة للمؤجر».

وقد عدلت هذه المادة تعديلًا لفظيًّا علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة، كما أضيف إليها في نهايتها ما يفيد جواز الاتفاق علىٰ خلاف حكمها، وهو أمر مقرر بلا خلاف.

وبمقتضىٰ المادة المقترحة تعتبر الأدوات الزراعية، والمواشي في المزارعة من ملحقات الأرض؛ فيلتزم المؤجر بتسليمها للمستأجر ولو لم يشملها العقد، وفي هذا تختلف المزارعة عن الإيجار العادي للأرض الزراعية، فهذا الإيجار لا يشمل الأدوات الزراعية والمواشي التي توجد في الأرض، إلا إذا شرط ذلك في العقد؛ لأنها لا تعد من ملحقات الأرض.

ويشترط لاعتبار الأدوات الزراعية والمواشي في المزارعة من ملحقات الأرض - أن تكون موجودة في الأرض وقت التعاقد، وأن تكون مملوكة للمؤجر، وذلك حتىٰ يستقيم الواقع مع هذا الاعتبار.

وهذا الحكم لا يتعلق بالنظام العام، فيجوز الاتفاق علىٰ أن الأدوات الزراعية والمواشي لا يشملها الإيجار، وفي هذه الحالة لا يلتزم المؤجر بتسليمها للمستأجر.

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (807/ 2) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (629) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (729/ 2) من التقنين الأردني.

والسند الشرعي لها أن حكمها يجري به العرف الزراعي، وهو ما يقره الشرع الإسلامي.

مادة (622):

1- يجب علىٰ المستأجر أن يبذل في الزراعة وفي المحافظة علىٰ الزرع من العناية ما يبذله في شئون نفسه.

2- وهو مسئول عما يصيب الأرض من التلف في أثناء الانتفاع، إلا إذا أثبت أنه بذل في المحافظة عليها، وفي صيانتها، ما يبذله الشخص العادي.

3- ولا يلزم المستأجر أن يعوض ما نفق من المواشي ولا ما بلي من الأدوات الزراعية بلا خطأ منه.

هذه المادة تطابق المادة (623) من التقنين الحالي، مع استبدال عبارة: «الشخص العادي» في الفقرة الثانية بعبارة: «الشخص المعتاد».

فبمقتضىٰ الفقرة الأولىٰ منها يجب علىٰ المزارع أن يبذل في الزراعة وفي المحافظة علىٰ الزرع من العناية ما يبذله في شئون نفسه، وهذا قياسًا علىٰ ما هو مقرر بالنسبة إلىٰ الشريك، فقد نصت المادة (495/ 1) من المشروع علىٰ أن: «علىٰ الشريك أن يبذل من العناية في تدبير مصالح الشركة ما يبذله في تدبير مصالحه الخاصة... ». ذلك أن المزارع شريك للمؤجر في المحصول، لذلك أخذ بمعيار الشركة فيما يجب علىٰ المزارع أن يبذله من العناية في الزراعة، وفي المحافظة علىٰ الزرع، حيث تعتبر الزراعة من شئونه الخاصة.

وبمقتضىٰ الفقرتين الثانية والثالثة يجب علىٰ المزارع أن يبذل في المحافظة علىٰ الأرض، وما يلحق بها من مواشٍ وأدوات زراعية من العناية ما يبذله الشخص العادي، وهذا طبقًا للقواعد العامة في الإيجار، فقد نصت المادة (581) من المشروع علىٰ أنه: «يجب علىٰ المستأجر أن يبذل من العناية في استعمال العين المؤجرة وفي المحافظة عليها ما يبذله الشخص العادي، وهو مسئول عما يصيب العين أثناء انتفاعه بها من تلف أو هلاك، ما

لم يكن هذا التلف أو الهلاك ناشئًا من استعمالها استعمالًا مألوفًا أو راجعًا إلىٰ سبب لا يد له فيه».

والمادة المقترحة تقابل المادة (731) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (630) من التقنين الكويتي.

وفي الفقه الإسلامي يجب الضمان علىٰ المزارع إذا قصر في سقي الأرض حتىٰ هلك الزرع (م 704 من مرشد الحيران)، أو ترك سقي الأرض عمدًا حتىٰ يبس الزرع (م 705 من مرشد الحيران)، أو آخر سقىٰ الزرع تأخيرًا غير معتاد (م 706 من مرشد الحيران)، أو ترك حفظ الزرع حتىٰ أكلته الدواب، أو لم يرد الجراد حتىٰ أكل الزرع مع إمكان رده (م 707 من مرشد الحيران).

مادة (623):

1- لا ينتهي إيجار الأرض الزراعية، نقدًا أو مزارعة، بموت المؤجر ولا بموت المستأجر.

2- ومع ذلك فإنه يشترط لانتقال الإيجار إلىٰ الورثة عند وفاة المستأجر أن يكون منهم من تكون حرفته الأساسية الزراعة.

3- ويجوز لورثة المستأجر أن يطلبوا إنهاء العقد.

هذه المادة تتفق مع المادة (33) مكرر (ز) من قانون الإصلاح الزراعي (مضافة بالقانون رقم (52) لسنة 1966) التي تنص علىٰ ما يأتي:

«لا ينتهي إيجار الأراضي الزراعية، نقدًا أو مزارعة، بموت المؤجر ولا بموت المستأجر، وعند وفاة المستأجر ينتقل الإيجار إلىٰ ورثته بشرط أن يكون منهم من تكون حرفته الأساسية الزراعة.

ويجوز لورثة المستأجر أن يطلبوا إنهاء العقد».

وتقابل المادة (626) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «لا تنقضي المزارعة بموت المؤجر، ولكنها تنقضي بموت المستأجر». والملحوظ في حكم هذه المادة أن شخصية المزارع محل اعتبار في العقد، ولذلك تنقضي المزارعة بموته بحكم

القانون ولو قبل انقضاء مدتها، أما موت المؤجر فلا تنقضي به المزارعة، ويبقىٰ المزارع ملتزمًا نحو الورثة يتقاسم معهم الحصول بالقدر الذي كان يتقاسمه به مع المؤجر.

ولكن قانون الإصلاح الزراعي، جريًا علىٰ خطته في حماية الفلاحين، سوىٰ بين الإيجار العادي للأرض الزراعية والمزارعة، ولذلك رئي في المادة المقترحة الأخذ بما يقضي به هذا القانون.

فبمقتضىٰ المادة المقترحة يكون الأصل أن إيجار الأرض الزراعية - سواء كان إيجارًا عاديًّا أو كان بطريق المزارعة - لا ينتهي بموت المؤجر ولا بموت المستأجر، غير أنه يشترط لانتقال الإيجار إلىٰ الورثة عند موت المستأجر أن يكون من بينهم من تكون حرفته الأساسية الزراعة، وهذا الشرط يتسق مع وجوب أن يكون تأجير الأرض الزراعية لمن يتولىٰ زراعتها بنفسه، فإذا لم يوجد من الورثة من تكون حرفته الأساسية الزراعة، فإن العقد ينتهي بموت المستأجر.

ويجوز لورثة المستأجر أن يطلبوا إنهاء العقد، فقد تكون أعباء العقد أثقل من أن تتحملها مواردهم، أو تكون بحيث تجاوز حدود قدرتهم، أو نحو ذلك من الأسباب التي تدعوهم إلىٰ طلب إنهاء العقد.

ويلحق بموت المستأجر أن يصبح عاجزًا عن زراعة الأرض، لمرض أو اعتقال أو نحو ذلك.

والمادة المقترحة تقابل المادة (637) من التقنين الكويتي التي تتفق مع المادة (626) من التقنين المصري الحالي.

وتقابل المادة (812) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (734) من التقنين الأردني.

وفي الفقه الإسلامي - طبقًا للفقه الحنفي - ينتهي إيجار الأرض الزراعية بموت المؤجر، كما ينتهي بموت المستأجر، فقد نصت المادة (1440) من المجلة علىٰ أنه: «إذا مات صاحب الأرض والزرع أخضر، فالفلاح يداوم علىٰ العمل إلىٰ أن يدرك الزرع، ولا يسوغ لورثة المتوفىٰ منعه، وإذا مات الفلاح فوارثه قائم مقامه، وإن شاء داوم

علىٰ العمل إلىٰ أن يدرك الزرع، ولا يسوغ لصاحب الأرض منعه».

وفي هذا المعنىٰ أيضًا المادتان (709 و710) من مرشد الحيران.

أما الفقه الحنبلي فيرىٰ أن الإجارة لا تنفسخ بموت المؤجر ولا بموت المستأجر (م 547 من مجلة الأحكام الشرعية).

مادة (624):

1- إذا انتهت المزارعة قبل انقضاء مدتها، وجب علىٰ المؤجر أن يرد للمستأجر أو لورثته ما أنفقه المستأجر علىٰ المحصول الذي لم يتم نضجه مع تعويض عادل عما قام به المستأجر من العمل.

2- ومع ذلك إذا انتهت المزارعة بموت المستأجر، جاز لورثته عوضًا عن استعمال حقهم في استرداد النفقات المتقدم ذكرها - أن يحلوا محل مورثهم حتىٰ ينضج المحصول، ما داموا يستطيعون القيام بذلك علىٰ الوجه المرضي.

3- كل هذا ما لم يكن هناك نص يقضي بغيره.

الفقرتان الأولىٰ والثانية من هذه المادة تطابقان المادة (627) من التقنين الحالي، وقد أضيفت الفقرة الثالثة في المادة المقترحة لتواجه الوضع الحالي طبقًا لقانون الإصلاح الزراعي.

والمزارعة قد تنتهي قبل انقضاء مدتها لسبب يرجع إلىٰ المؤجر، كأن يخل بالتزاماته، فيطلب المزارع الفسخ مع التعويض.

وقد يكون هذا الانقضاء لسبب يرجع إلىٰ المستأجر، كأن يخل هذا بالتزاماته، أو يموت، أو يعجز عن الزراعة.

فإذا انتهت المزارعة قبل انقضاء مدتها لأي سبب، وجب تصفية الحساب بين الطرفين علىٰ الوجه المبين في الفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة.

غير أنه في حالة انتهاء المزارعة بموت المزارع، يجوز للورثة بدلًا من أن يستردوا النفقات والأجر العادل بمقتضىٰ الفقرة الأولىٰ - أن يطلبوا الحلول محل مورثهم

فيستمروا في الزراعة حتىٰ ينضج المحصول، ما داموا يستطيعون القيام بذلك علىٰ الوجه المرضي.

ولا ينطبق من هذه الأحكام ما يخالفه نص خاص يقضي بغيره.

انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م840) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 4/ ص 644 و645).

وقد عرض الفقه الإسلامي لحالة انتهاء المزارعة قبل انقضاء مدتها بسبب موت المؤجر أو بسبب موت المزارع، فنصت المادة (1440) من المجلة علىٰ أنه: «إذا مات صاحب الأرض والزرع أخضر؛ فالفلاح يداوم علىٰ العمل إلىٰ أن يدرك الزرع، ولا يسوغ لورثة المتوفىٰ منعه، فإذا مات الفلاح فوارثه قائم مقامه، وإن شاء داوم علىٰ العمل إلىٰ أن يدرك الزرع، ولا يسوغ لصاحب الأرض منعه». وفي هذا المعنىٰ أيضًا المادتان (709 و710) من مرشد الحيران.

كما عرض الفقه الإسلامي لحالة انتهاء المزارعة قبل انقضاء مدتها بسبب استحقاق الأرض، انظر في هذا المواد (711 -713) من مرشد الحيران.

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (638) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (813) من التقنين العراقي.

مادة (625): الأحكام المتعلقة بإيجار الأراضي الزراعية والمزارعة، التي لم يرد ذكرها في هذا القانون - تنظمها القوانين الخاصة.

هذه المادة مستحدثة.

وعلة ورودها أن الأحكام المنصوص عليها في هذا الفرع ليست إلا أحكامًا عامة لعقد إيجار الأرض الزراعية والمزارعة، بل إنها ليست كل الأحكام العامة، ويبقىٰ بعد ذلك فريق من هذه الأحكام، وكذلك الأحكام الخاصة التفصيلية التي لا يتسع لها التقنين المدني، وهذه يتكفل بها قانون الإصلاح الزراعي.

إيجار الوقف:

مادة (626):

1- للناظر ولاية إجازة الوقف.

2- فلا يملكها الموقوف عليه ولو انحصر فيه الاستحقاق، إلا إذا كان متوليًا من قبل الواقف، أو مأذونًا ممن له ولاية الإيجار من ناظر أو قاضٍ.

هذه المادة تطابق المادة (628) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (639) من التقنين الكويتي.

وتتفق مع المادتين (749/ 1 و751) من التقنين الأردني.

انظر المذكرة الإيضاحية لنصوص إيجار الوقف في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 4/ ص661 - 663).

والمادة المقترحة مأخوذة من الفقه الإسلامي، فهي تطابق المادة (664) من مرشد الحيران، والمادة (271) من قانون العدل والإنصاف.

مادة (627): ولاية قبض الأجرة للناظر لا للموقوف عليه، إلا إن أذن له الناظر في قبضها.

هذه المادة تطابق المادة (629) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (640) من التقنين الكويتي.

وتتفق مع المادة (751) من التقنين الأردني.

انظر المذكرة الإيضاحية لنصوص إيجار الوقف في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 4 / ص 661-663).

والمادة المقترحة مأخوذة من الفقه الإسلامي، فهي تطابق المادة (665) من مرشد الحيران، والمادة (272) من قانون العدل والإنصاف.

مادة (628):

1- لا يجوز للناظر أن يستأجر الوقف ولو بأجر المثل.

2- ويجوز له أن يؤجر الوقف لأصوله وفروعه، علىٰ أن يكون ذلك بأجر المثل.

هذه المادة تطابق المادة (630) من التقنين الحالي.

وتقابل المادة (750) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (641) من التقنين الكويتي.

انظر المذكرة الإيضاحية لنصوص إيجار الوقف في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 4/ ص 661 -663).

والمادة المقترحة مأخوذة من الفقه الإسلامي، فهذا الفقه يميز بين فريقين من الأشخاص.

الفريق الأول: ناظر الوقف نفسه أو ولده الذي هو في ولايته: فهذا ليس له أن يستأجر الوقف ولو بأجر المثل، بل ولو بأكثر من أجر المثل، ويعللون ذلك بأن الناظر هو المؤجر، فلو جاز له استئجار الوقف لكان مستأجرًا من نفسه، فعلقت به التهمة، والواحد لا يتولىٰ طرفي العقد إلا في مسائل مخصوصة، وليست هذه منها، ولهذا لو قبل الإجارة من القاضي، صحت، لانتفاء ما ذكر (محمد زيد، مباحث الوقف (ص 64) أحمد إبراهيم، أحكام الوقف (ص 115)). أما لو استأجر الناظر أعيان الوقف من نفسه، لا من القاضي؛ فإن الإيجار يكون باطلًا، ويجبر علىٰ الإخلاء مع دفع أجر المثل عن المدة التي بقي فيها بأعيان الوقف مع التعويض إن كان له مقتض، وكذلك يجوز عزله من النظارة علىٰ الوقف.

والفريق الثاني: أصول ناظر الوقف وفروعه: وهؤلاء يجوز لهم استئجار الوقف من الناظر، بشرط أن يدفعوا أجر المثل، فلا يجوز الغبن اليسير، وذلك نفيًا للتهمة، وهذا هو قول الصاحبين الذي أخذ به في النص المقترح، أما الإمام أبو حنيفة فيقول بوجوب أن تكون الأجرة أكثر من أجر المثل (أحمد إبراهيم، أحكام الوقف (ص 116)).

أما الأقارب من غير الأصول والفروع: فتصح الإجارة لهم، كما تصح لغير الأقارب، إن كانت بأجر المثل أو بغبن يسير.

(انظر في هذا: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ج(9) المجلد الثاني، فقرة (786)).

مادة (629):

1 - لا تصح إجارة الوقف بأقل من أجر المثل إلا بغبن يسير، ولو كان المؤجر هو المستحق الوحيد الذي له ولاية التصرف في الوقف.
2 - وإذا أجر الناظر الوقف بالغبن الفاحش، وجب على المستأجر تكملة الأجرة إلى أجر المثل، وإلا فسخ العقد.

الفقرة الأولىٰ من هذه المادة تقابل المادة (631) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ أنه: «لا تصح إجارة الوقف بالغبن الفاحش إلا إذا كان المؤجر هو المستحق الوحيد الذي له ولاية التصرف في الوقف، فتجوز إجارته بالغبن الفاحش في حق نفسه، لا في حق من يليه من المستحقين».

وقد كانت الفقرة الأولىٰ من المادة (845) من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي تأخذ بعكس هذا الحكم، فكانت تنص علىٰ أنه: «لا تصح إجارة الوقف بأقل من أربعة أخماس أجر المثل، ولو كان المؤجر هو المستحق الذي له ولاية التصرف في الوقف، هذا مع عدم الإخلال بالقيد بالفقرة الثانية من المادة (843)».

وهذا النص هو الذي يتفق مع حكم الشريعة الإسلامية، فقد نصت المادة (671) من مرشد الحيران علىٰ أنه: «لا تصح إجارة الوقف بأقل من أجر المثل إلا بغبن يسير، ولو كان المؤجر هو المستحق الذي له ولاية التصرف في الوقف». ونصت المادة (278) من قانون العدل والإنصاف علىٰ أنه: «لا تصح إجارة الوقف بأقل من أجر المثل إلا بغبن يسير لا يتجاوز الخمس، ولو كان المؤجر هو المستحق الذي له ولاية التصرف في الوقف».

ولهذا رئي عدم الأخذ بحكم المادة (631) من التقنين الحالي والرجوع إلىٰ حكم الشريعة الإسلامية في هذا الصدد، وهو ما تقضي به الفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة.

فبمقتضىٰ الفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة لا تجوز إجارة الوقف بأقل من أجر المثل إلا بغبن يسير، أيًّا كانت صفة المؤجر، وحتىٰ لو كان هو المستحق الوحيد الذي له ولاية التصرف في الوقف، والغبن الفاحش في الشريعة الإسلامية هو ما يزيد علىٰ الخمس (أحمد إبراهيم، أحكام الوقف (ص 136)).

أما الفقرة الثانية من المادة المقترحة فتطابق الفقرة الثانية من المادة (632) من التقنين الحالي، وقد جاء وضع هذه الفقرة الأخيرة نتيجة لخطأ مادي في نقل النصوص، إذ إنها يجب أن تكون الفقرة الثانية من المادة (631) من التقنين الحالي.

فبمقتضىٰ الفقرة الثانية من المادة المقترحة، إذا أجر الناظر بالغبن الفاحش، فلا يكون العقد باطلًا، وإنما يطلب الناظر من المستأجر تكملة الأجرة إلىٰ أجر المثل، ولا يكفي أن يكمل الأجرة إلىٰ أربعة أخماس أجر المثل (أحمد إبراهيم، أحكام الوقف والمواريث (ص 137))، فإذا رفض المستأجر ذلك، جاز للناظر طلب فسخ العقد، ويتفق هذا مع حكم الشريعة الإسلامية، فقد نصت المادة (672) من مرشد الحيران علىٰ أنه: «إذا أجر المتولي الوقف بغبن فاحش لا يدخل تحت التقويم نقصًا في أجر المثل، فالإجارة فاسدة، ويلزم المستأجر إتمام أجر المثل ودفع ما نقص منه في المدة الماضية من حين العقد».

ونصت المادة (279) من قانون العدل والإنصاف علىٰ أنه: «إذا أجر المتولي الوقف بغبن فاحش يتجاوز الخمس نقصًا في أجر المثل، فالإجارة فاسدة، ويلزم المستأجر إتمام أجر المثل ودفع ما نقص منه في المدة الماضية من حين العقد».

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (754/ 1) من التقنين الأردني.

والفقرة الأولىٰ منها تقابل المادة (642) من التقنين الكويتي التي تطابق المادة (631) من التقنين المصري الحالي.

مادة (630): في إجارة الوقف تكون العبرة في تقدير أجر المثل بالوقت الذي أبرم فيه عقد الإيجار، ولا يعتد بالتغيير الحاصل بعد ذلك.

هذه المادة تطابق الفقرة الأولىٰ من المادة (632) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (643) من التقنين الكويتي.

وتتفق مع المادة (754/ 2) من التقنين الأردني.

وبمقتضاها فإن تقدير أجر المثل لمعرفة ما إذا كان في الأجرة غبن فاحش أو غبن يسير - إنما يكون وقت إبرام عقد الإيجار، ولا يعتد بما يطرأ علىٰ أجر المثل بعد ذلك من نقص أو

زيادة.

وهذا الحكم يتفق مع رأي مرجوح في الشريعة الإسلامية مراعاة للاستقرار.

فالراجح في الشريعة الإسلامية أن النقص الذي يطرأ علىٰ أجر المثل لا يعتد به، أما الزيادة فيعتد بها مراعاة لمصلحة الوقف، ويخير المستأجر بين قبول الزيادة أو فسخ العقد، ففي خصوص النقص الذي يطرأ علىٰ أجر المثل نصت المادة (673) من مرشد الحيران علىٰ أنه: «إذا أجر المتولي دار الوقف أو أرضه مدة معلومة، فنقص أجر المثل قبل انتهائها عما كان وقت العقد - فلا ينقص شيء من الأجر المسمىٰ، ولا يفسخ العقد». وتطابقها في هذا المعنىٰ المادة (280) من قانون العدل والإنصاف. وفي خصوص الزيادة التي تطرأ علىٰ أجر المثل نصت المادة (674) من مرشد الحيران علىٰ أنه: «إذا زاد أجر المثل في نفسه لكثرة الرغبات العمومية فيه لا لتعنت في أثناء مدة الإجارة زيادة فاحشة - تعرض علىٰ المستأجر، فإن رضيها فهو أولىٰ من غيره، ويعقد معه عقد ثانٍ بالأجرة الثانية من حين قبولها إلىٰ تمام مدة الإجارة، ولا يلزمه إلا المسمىٰ عن المدة الماضية». وتطابقها في هذا المعنىٰ المادة (281) من قانون العدل والإنصاف. ونصت المادة (675) من مرشد الحيران علىٰ أنه: «إذا لم يقبل المستأجر الزيادة المعتبرة العارضة في أثناء مدة الإجارة، يفسخ العقد ويؤجر لغيره، ما لم تكن العين المستأجرة مشغولة بزراعته، فإن كانت كذلك يتربص إلىٰ أن يستحصد الزرع، وتضاف عليه الزيادة من وقتها إلىٰ حصاد الزرع وفسخ العقد». وتطابقها في هذا المعنىٰ المادة (282) من قانون العدل والإنصاف.

ولكن بعض فقهاء الشريعة الإسلامية يرون عدم مراعاة الزيادة التي تطرأ علىٰ أجر المثل؛ لأننا لم نراع النقص لمصلحة المستأجر، فلا يجب أن تراعي الزيادة لمصلحة الوقف، ولأن أجر المثل إنما يعتبر وقت العقد لا بعده، ولأن المستأجر ملك المنفعة في وقت محدود وبأجر مخصوص؛ فلا يبطل حقه (محمد زيد، مباحث الوقف (ص 91) أحمد إبراهيم، أحكام الوقف والمواريث سنة 1938 (ص 139) هامش (1)).

وهذا هو الرأي الذي يتفق مع حكم النص المقترح.

مادة (631):

1- لا يجوز للناظر، بغير إذن القاضي، أن يؤجر الوقف مدة تزيد علىٰ ثلاث سنين، ولو كان ذلك بعقود مترادفة، فإذا عقدت الإجارة لمدة أطول أنقصت إلىٰ ثلاث سنين.

2- ومع ذلك إذا كان الناظر هو الواقف أو المستحق الوحيد، جاز له أن يؤجر الوقف مدة تزيد علىٰ ثلاث سنين بلا حاجة إلىٰ إذن القاضي، وهذا دون إخلال بحق الناظر الذي يخلفه في طلب إنقاص المدة إلىٰ ثلاث سنين.

3- كل هذا ما لم يكن هناك نص يقضي بغيره.

الفقرتان الأولىٰ والثانية من هذه المادة تطابقان المادة (633) من التقنين الحالي.

وقد أضيفت الفقرة الثالثة في المادة المقترحة مراعاة لما يقضي به قانون إيجار الأماكن وقانون الإصلاح الزراعي، من حيث امتداد الإيجار بحكم القانون بعد انقضاء مدته الأصلية.

فبمقتضىٰ المادة المقترحة لا يجوز للناظر إيجار الوقف لمدة تزيد علىٰ ثلاث سنين، سواء كانت العين المؤجرة من المباني أو من الأراضي الزراعية، ويستوي أن يكون ذلك بعقد واحد أو بعقود مترادفة، فإذا أجر الناظر الوقف لمدة تزيد علىٰ ثلاث سنين لا يكون العقد باطلًا، ولكن تنقص مدته إلىٰ ثلاث سنين.

ويستثنى من ذلك حالتان يجوز فيهما إيجار الوقف لمدة تزيد على ثلاث سنين:

الأولىٰ: إذا أذن القاضي للناظر في ذلك، ويأذن القاضي إذا وجد مسوغ للإذن، كما لو كانت العين الموقوفة مخربة، ولا يجد الناظر من يصلحها ويعمرها إلا بشرط استئجارها لمدة طويلة. وقد نصت المادة (670) من مرشد الحيران في هذا المعنىٰ علىٰ أنه «لا يجوز لغير اضطرار إجارة دار الوقف أو أرضه إجارة طويلة ولو بعقود مترادفة، فإن اضطر إلىٰ ذلك لحاجة عمارة الوقف بأن تخرب، ولم يكن له ريع يعمر به - جاز لهذه الضرورة إجارتها بإذن القاضي مدة طويلة بقدر ما تعمر به». وتطابقها في هذا المعنىٰ المادة (277) من قانون العدل والإنصاف.

والثانية: إذا كان الناظر هو الواقف أو المستحق الوحيد، حيث يجوز له أن يؤجر أعيان الوقف لمدة تزيد علىٰ ثلاث سنين بلا حاجة إلىٰ إذن القاضي، وفي الشريعة الإسلامية يجوز للواقف أن يؤجر أعيان وقفه أكثر من ثلاث سنين، بل له أن يعين مدة إجارة وقفه في كتاب الوقف (م 666 من مرشد الحيران، و(م373) من قانون العدل والإنصاف. ابن عابدين في رد المحتار علىٰ الدر المختار (ج 3/ ص 614 و615) طبعة أميرية (1286): فتوىٰ شرعية في 7 فبراير سنة 1925، المحاماة (ص 168)).

وإذا كان ناظر الوقف هو المستحق الوحيد، ومات قبل أن ينتهي الإيجار - كان للناظر الذي يليه أن يطلب إنقاص المدة إلىٰ ثلاث سنين مراعاة لحق المستحقين التالين.

ويراعىٰ في كل ما تقدم أحكام قانون إيجار الأماكن وقانون الإصلاح الزراعي من حيث امتداد الإيجار بحكم القانون بعد انقضاء مدته الأصلية.

والشريعة الإسلامية تفرق بين ما إذا كانت العين الموقوفة من المباني أو من الأراضي، والقول المعتمد ألا تزيد مدة الإجارة علىٰ سنة في الدار والحانوت، وعلىٰ ثلاث سنين في الأراضي، إلا إذا كانت المصلحة تقتضي الزيادة في إجارة الدار والحانوت أو النقص في إجارة الأرض. فقد نصت المادة (669) من مرشد الحيران علىٰ أنه: «إذا أهمل الواقف تعيين مدة الإجارة في الوقفية، تؤجر الدار أو الحانوت سنة والأرض ثلاث سنين، إلا إذا كانت المصلحة تقتضي الزيادة في إجارة الدار والحانوت أو النقص في إجارة الأرض». وتطابقها في هذا المعنىٰ المادة (276) من قانون العدل والإنصاف.

والمادة المقترحة تطابق في فقرتيها الأولىٰ والثانية المادة (646) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (753) من التقنين الأردني.

مادة (632): تسري أحكام عقد الإيجار علىٰ إجارة الوقف فيما لا يتعارض مع

النصوص السابقة.

هذه المادة تتفق مع المادة (634) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «تسري أحكام عقد الإيجار علىٰ إجارة الوقف، إلا إذا تعرضت مع النصوص السابقة».

وتتفق مع المادة (759) من التقنين الأردني.

وتتفق مع المادة (648) من التقنين الكويتي.

ففيما عدا الأحكام التي يختص بها إيجار الوقف تسري علىٰ هذا الإيجار الأحكام العامة لعقد الإيجار.



الفصل الثاني
العارية

(1) أركان العارية:

مادة (633): العارية عقد يستعمل المستعير بمقتضاه شيئًا غير قابل للاستهلاك مدة معينة، أو إلىٰ غرض معين دون عوض.

هذه المادة تقابل المادة (635) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ أن: «العارية عقد يلتزم به المعير أن يسلم المستعير شيئًا غير قابل للاستهلاك ليستعمله بلا عوض لمدة معينة، أو في غرض معين علىٰ أن يرده بعد الاستعمال».

ويؤخذ علىٰ نص التقنين الحالي أنه يعرف العارية بالتزام يقع علىٰ عاتق المعير، مع أن الالتزام أثر للعقد، ويجب أن ينصب التعريف علىٰ محل العقد، وهو العملية القانونية المقصودة منه، كما سبق القول، والعملية القانونية المقصودة من العارية هي استعمال المستعير الشيء المعار، أي حصوله علىٰ المنفعة التي ترجىٰ من الشيء باستعماله، حيث يرتب عقد العارية التزامات علىٰ عاتق كل من الطرفين، وهذه الالتزامات ترمي في مجموعها إلىٰ تحقيق العملية القانونية المقصودة من العقد.

ولهذا جاء التعريف في المادة المقترحة علىٰ نحو يتناول فيه محل العقد والعناصر الجوهرية فيه، وهي الشيء المعار والمدة أو الغرض الذي يستعمل فيه الشيء وانتفاء العوض.

والمادة المقترحة تتفق في جوهر التعريف مع المادة (760) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ أن «الإعارة تمليك الغير منفعة شيء بغير عوض لمدة معينة أو لغرض معين، علىٰ أن يرده بعد الاستعمال».

وتقابل المادة (847) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (649) من التقنين الكويتي التي تتفق مع المادة (635) من التقنين المصري الحالي.

انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 851) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 4/ ص 666 و667).

وفي الفقه الإسلامي فإن المادة المقترحة تتفق في جوهر التعريف مع ما يقرره هذا الفقه. فقد نصت المادة (756) من مرشد الحيران علىٰ أن «الإعارة هي تمليك المستعير منفعة العين المستعارة بلا عوض». ونصت المادة (374) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة علىٰ أن «العارية هي تمليك المنافع بغير عوض» (الدر المختار وحاشية ابن عابدين (ج 4/ ص 767). فتح القدير (ج 7/ ص 100)). ونصت المادة (200) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك علىٰ أن الإعارة تمليك منفعة مؤقتة بزمن أو عمل بلا عوض بما يدل عليه لغة أو عرفًا، والعارية هي الشيء الذي ملكت منفعته مدة مؤقتة بلا عوض» (الشرح الصغير وحاشيته (ج 2/ ص225)، والشرح الكبير وحاشيته ج3 ص391) ونصت المادة (1279) من مجلة الأحكام الشرعية علىٰ أن «الإعارة إباحة منفعة العين بلا عوض، ويطلق عليها العارية أيضًا».

(2) آثار العارية:

1 - التزامات المعير:

مادة (634): يلتزم المعير أن يسلم المستعير الشيء المعار بالحالة التي يكون عليها وقت العقد، وأن يتركه للمستعير طوال مدة العارية.

هذه المادة تتفق مع المادة (636) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ أن: «يلتزم المعير أن يسلم المستعير الشيء المعار بالحالة التي يكون عليها وقت انعقاد العارية، وأن يتركه للمستعير طوال مدة العقد».

وقد أدخل علىٰ هذا النص تعديل لفظي علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة.

فبمقتضىٰ المادة المقترحة يلتزم المعير أن يسلم المستعير الشيء المعار؛ ذلك أن العارية عقد رضائي لا غبني، فيكون التسليم التزامًا في ذمة المعير وليس ركنًا في العقد، وتسري علىٰ التزام المعير بتسليم الشيء المعار قواعد التسليم بوجه عام، وفقًا لما هو

مقرر في التزام البائع بتسليم الشيء المبيع، والتزام المقرض بتسليم الشيء المقترض، والتزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة.

ويسلم الشيء المعار بالحالة التي يكون عليها وقت العقد، وهذا علىٰ خلاف الإيجار؛ حيث يلتزم المؤجر بتسليم العين في حالة صالحة للانتفاع المقصود، وسبب هذا الاختلاف أن الإيجار عقد معاوضة حيث يدفع المستأجر مقابلًا للانتفاع، بينما العارية عقد تبرع لا يدفع المستعير فيها مقابلًا للاستعمال.

كذلك يلتزم المعير بأن يترك الشيء المعار للمستعير طول مدة العارية، فلا يجوز له أن يطالبه برده قبل انقضاء هذه المدة، إلا في الحالات التي يجيز فيها القانون طلب الرد.

انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م852) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 4/ ص 668 و669).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (650) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (761) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ أن: «تتم الإعارة بقبض الشيء المعار ولا أثر لها قبل القبض».

وتقابل ما جاء في نهاية المادة (847) من التقنين العراقي التي تنص علىٰ أنه: «لا تتم الإعارة إلا بالقبض». وكذلك المادة (848) التي تنص علىٰ أن: «يلتزم المعير بترك المستعير ينتفع بالشيء المعار أثناء الإعارة، وليس له أن يطلب أجرة بعد الانتفاع».

فالعارية في التقنين العراقي، وكذلك التقنين الأردني، عقد عيني، حيث لا يكون التسليم التزامًا في ذمة المعير، بل هو ركن في العارية لا تنعقد بدونه.

وفي الفقه الإسلامي تنعقد العارية بالإيجاب والقبول، فهي من هذه الناحية عقد رضائي، ولكن حكمها لا يترتب إلا بالقبض:

ففي المذهب الحنفي نصت المادة (804) من المجلة علىٰ أن: «الإعارة تنعقد بالإيجاب والقبول وبالتعاطي...». ونصت المادة (810) علىٰ أن: «القبض شرط في العارية، فلا حكم لها قبل القبض». ونصت المادة (375) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة علىٰ ما يأتي: «تنعقد العارية بالإيجاب والقبول، ويتحقق القبول ولو فعلًا». (حاشية ابن عابدين والدر المختار (ج 4/ ص 767). مجمع

الأنهر (ج 2/ ص 646)).

وفي المذهب الحنبلي نصت المادة (1286) من مجلة الأحكام الشرعية علىٰ ما يأتي:
«تنعقد الإمارة بإيجاب وقبول من الطرفين برضاهما».

مادة (635): 1- إذا أنفق المستعير مصروفات ضرورية لحفظ الشيء المعار من الهلاك، التزم المعير أن يرد إليه ما أنفقه. 2- أما المصروفات النافعة فتسري عليها الأحكام الخاصة بالمصروفات التي ينفقها من يحوز الشيء وهو سيئ النية.

هذه المادة تتفق مع المادة (637) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:
«1- إذا اضطر المستعير إلىٰ الإنفاق للمحافظة علىٰ الشيء أثناء العارية، التزم المعير أن يرد إليه ما أنفقه من المصروفات.

2- أما المصروفات النافعة فتتبع في شأنها الأحكام الخاصة بالمصروفات التي ينفقها من يحوز الشيء وهو سيئ النية».

وقد أدخلت علىٰ هذه المادة تعديلات لفظية علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة.

انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 853) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 4/ ص 617).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (849) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (651) من التقنين الكويتي.

ولا يفرق الفقه الإسلامي بين المصروفات الضرورية لحفظ الشيء المعار من الهلاك، والمصروفات النافعة، والمصروفات التي يقتضيها استعمال الشيء المعار أو صيانته المعتادة، فيجعلها كلها علىٰ المستعير، فقد نصت المادة (815) من المجلة علىٰ أن «نفقة المستعار علىٰ المستعير، بناءً عليه لو ترك المستعير الدابة المعارة بدون علف، فهلكت؛ ضمن». ونصت المادة (776) من مرشد الحيران علىٰ أن «مؤونة العين المستعارة ومصاريف حفظها وردها تكون علىٰ المستعير».

ونصت المادة (380) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة علىٰ أن: «تكون النفقة التي تقيم أود المعار علىٰ المستعير». (حاشية ابن عابدين والدر المختار (ج 4/ ص 768)).

ونصت المادة (209) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك علىٰ أن: «ما تحتاج إليه العارية من مؤونة أخذها من المعير ومؤونة ردها إليه، ونفقتها في مدة الإعارة - يكون علىٰ المستعير» (الشرح الصغير وحاشيته (ج 2/ ص 229)).

مادة (636):

1- لا يضمن المعير استحقاق الشيء المعار، إلا إذا تعمد إخفاء سبب الاستحقاق.

2- ولا يضمن كذلك خلو الشيء من العيوب، غير أنه إذا تعمد إخفاء العيب، أو ضمن خلو الشيء منه، لزمه تعويض المستعير عن الضرر الذي يسببه العيب.

وهذه المادة تقابل المادة (638) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- لا ضمان علىٰ المعير في استحقاق الشيء المعار، إلا أن يكون هناك اتفاق علىٰ الضمان، أو أن يكون المعير قد تعمد إخفاء سبب الاستحقاق.

2- ولا ضمان عليه كذلك في العيوب الخفية، غير أنه إذا تعمد إخفاء العيب، أو إذا ضمن سلامة الشيء منه؛ لزمه تعويض المستعير عن كل ضرر يسببه ذلك».

وقد أدخلت علىٰ هذه المادة تعديلات لفظية علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة.

كما حذفت من الفقرة الأولىٰ العبارة التي تقول: «إلا أن يكون هناك اتفاق علىٰ الضمان». وذلك لعدم جواز الاتفاق علىٰ تعديل أحكام ضمن الاستحقاق؛ لأن هذا ينافي مقتضىٰ العقد كما سبق القول (انظر المادة (413) من المشروع ومذكرتها الإيضاحية في البيع، وكذلك المادة (466) من المشروع ومذكرتها الإيضاحية في الهبة».

وحكم المادة المقترحة يتفق مع ما هو مقرر في الهبة، فكلاهما عقد تبرع، فلا يضمن المعير الاستحقاق إلا إذا تعمد إخفاء سببه، ولا يضمن العيوب الخفية، غير أنه إذا تعمد إخفاء العيب أو ضمن خلو الشيء منه؛ لزمه تعويض المستعير عن الضرر الذي يسببه

العيب.

والمادة المقترحة تقابل المادة (850) من التقنين العراقي التي تتفق مع المادة (638) من التقنين المصري الحالي.

وتقابل المادة (652) من التقنين الكويتي التي تتفق مع المادة (638) من التقنين المصري الحالي.

وتقابل المادة (658) من التقنين الكويتي التي تتفق مع المادة (638) من التقنين المصري الحالي.

وفي نطاق الفقه الإسلامي يمكن أن يقاس حكم المادة المقترحة فيما يتعلق بالعارية علىٰ ما هو مقرر في الهبة، فكلاهما عقد تبرع، فكما أن الواهب لا يضمن الاستحقاق والعيوب الخفية، فكذلك المعير، أما الحالات المستثناة فسندها القواعد العامة في الضمان (انظر المذكرة الإيضاحية للمادتين (466 و467) من المشروع).

2- التزامات المستعير:

مادة (637):

1- ليس للمستعير أن يستعمل الشيء المعار إلا علىٰ الوجه المعين وبالقدر المحدد، وذلك وفقًا لما يبينه العقد أو تقبله طبيعة الشيء أو يعينه العرف.

2- ولا يكون مسئولًا عما يلحق الشيء من تغيير أو تلف بسبب الاستعمال الذي تخوله العارية.

هذه المادة تتفق مع ما جاء في المادة (639) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- ليس للمستعير أن يستعمل الشيء المعار إلا علىٰ الوجه المعين وبالقدر المحدد، وذلك طبقًا لما يبينه العقد أو تقبله طبيعة الشيء أو يعينه العرف، ولا يجوز له دون إذن المعير أن ينزل عن الاستعمال للغير ولو علىٰ سبيل التبرع.

2- ولا يكون مسئولًا عما يلحق الشيء من تغيير أو تلف يسببه الاستعمال الذي تبيحه

العارية».

وقد أدخلت علىٰ هذه المادة تعديلات لفظية طفيفة علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة، كما حذفت منها العبارة الأخيرة من الفقرة الأولىٰ؛ بغية إفراد مادة مستقلة لبيان حكمها.

انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 856) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 4/ ص 676).

والمادة المقترحة تتفق مع المواد (851 و852 و856) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادتين (772 و773/ 1) من التقنين الأردني.

وتتفق مع المادة (653) من التقنين الكويتي.

وتتفق مع ما يقرره الفقه الإسلامي في هذا الصدد:

ففيما يتعلق بحكم الفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة نصت المادة (816) من المجلة علىٰ أنه: «إذا كانت الإعارة مطلقة، أي: لم يقيدها المعير بزمان أو مكان أو بنوع من أنواع الانتفاع - كان للمستعير استعمال العارية في أي مكان وزمان شاء علىٰ الوجه الذي يريده، لكن يقيد ذلك بالعرف والعادة...».

وفي هذا المعنىٰ أيضًا المادة (760) من مرشد الحيران.

ونصت المادة (817) من المجلة علىٰ أنه: «إذا كانت الإعارة مقيدة بزمان أو مكان يعتبر ذلك القيد، فليس للمستعير مخالفته...».

وفي هذا المعنىٰ أيضًا المادة (761) من مرشد الحيران.

ونصت المادة (818) من المجلة علىٰ أنه: «إذا قيدت الإعارة بنوع من أنواع الانتفاع، فليس للمستعير أن يتجاوز ذلك النوع إلىٰ ما فوقه، لكن له أن يخالف باستعمال العارية بما هو مساوٍ لنوع الاستعمال الذي قيدت به أو بنوع أخف منه...».

وفي هذا المعنىٰ أيضًا المادة (761) من مرشد الحيران.

وكذلك المادة (390) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ.

ونصت المادة (206) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك

علىٰ أنه: «إذا استعمل المستعير العارية بغير إذن المعير في أزيد مما أعيرت لأجله، فإن هلكت بهذا الزائد ضمن قيمتها، وإن تعيبت به ضمن الأكثر من قيمة العيب أو أجرة الزائد، وإن سلمت من الهلاك والتعييب فعليه أجرة الزائد (الشرح الكبير وحاشيته (ج 3/ ص 393) وما بعدها، بداية المجتهد (ج 3/ ص 264).

ونصت المادة (1292) من مجلة الأحكام الشرعية علىٰ أنه: «لا يشترط تعيين نوع الانتفاع في الإعارة، فلو أعاره من غير تعيين كان للمستعير الانتفاع بالمعروف علىٰ الوجه المعتاد في المعار». ونصت المادة (1293) علىٰ أنه «كما تصح الإعارة مطلقة من غير توقيت يصح توقيتها بمدة معلومة». ونصت المادة (1295) علىٰ أنه: «إذا اشترط المعير انتفاع المستعير علىٰ وجه خاص صح الشرط، وليس للمستعير أن ينتفع بغير ذلك الوجه...».

وفيما يتعلق بحكم الفقرة الثانية من المادة المقترحة نصت المادة (773) من مرشد الحيران علىٰ أنه: «إذا حدث من استعمال العين المستعارة عيب يوجب نقصان قيمتها، فلا يضمن المستعير قيمة ذلك النقصان إذا استعملها استعمالًا معهودًا معروفًا، وإنما يضمنه باستعماله فوق المعتاد».

ونصت المادة (1312) من مجلة الأحكام الشرعية علىٰ أنه: «لا ضمان علىٰ المستعير إذا تلفت العارية أو بعضها باستعمالها بمعروف واستيفاء منافعها التي أبيحت له نصًّا أو عرفًا، أما لو تلفت بفعل غير مأذون... كان متعديًا ضامنًا».

مادة (638): لا يجوز للمستعير أن يعير الشيء المعار أو يؤجره أو يرهنه أو ينزل عن استعماله لشخص آخر، إلا بإذن من المعير.

هذه المادة تتفق مع العبارة التي جاءت في نهاية الفقرة الأولىٰ من المادة (639) من التقنين الحالي، حيث تقول: «ولا يجوز له (المستعير) دون إذن المعير أن ينزل عن الاستعمال للغير، ولو علىٰ سبيل التبرع».

فبمقتضىٰ المادة المقترحة لا يجوز للمستعير أن يبرم تصرفًا يرتب للغير حقًّا في منفعة الشيء المعار أو في عينه بإعارة أو إجارة أو رهن أو نزول عن الاستعمال، إلا بإذن

من المعير، فإن فعل ذلك دون إذن، جاز للمعير فسخ العارية والرجوع عليه بالتعويض، ذلك أن العارية تبرع تراعىٰ فيه عادة شخصية المستعير.

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (774) من التقنين الأردني.

وتتفق مع المادة (654) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادتين (853 و855) من التقنين العراقي.

وفي الفقه الإسلامي لا يجوز للمستعير أن يؤجر العين المستعارة ولا أن يرهنها بدون إذن المعير ((م 823) من المجلة و(م 767) من مرشد الحيران و(م 385) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة و(م 1314) من مجلة الأحكام الشرعية). وإذا أطلق المعير الإذن بالانتفاع ولم يعين منتفعًا، جاز للمستعير أن ينتفع بنفسه بالعين المستعارة، وأن يعيرها لمن شاء، وإذا قيدها المعير وعين منتفعًا يعتبر تعيينه فيما يختلف باختلاف المستعمل، فلا يملك المستعير إعارتها لغيره، ولا يعتبر تعيينه فيما لا يختلف باختلاف المستعمل، فيملك المستعير إعارتها لغيره ((م 762) من مرشد الحيران و(م 819 و820) من المجلة). انظر مع ذلك (م 1313) من مجلة الأحكام الشرعية، وقد جاء فيها أن: «ليس للمستعير إعارة العارية بلا إذن المالك...».

مادة (639):

1- يتحمل المستعير المصروفات التي يقتضيها استعمال الشيء المعار، أو تكون لازمة لصيانة الشيء صيانة معتادة.

2- وله أن ينزع من الشيء المعار كل ما يكون قد أضافه إليه، علىٰ أن يعيده إلىٰ حالته الأصلية.

هذه المادة تتفق مع المادة (640) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- إذا اقتضىٰ استعمال الشيء نفقة من المستعير، فليس له استردادها، وهو مكلف بالنفقة اللازمة لصيانة الشيء صيانة معتادة.

2- وله أن ينزع من الشيء المعار كل ما يكون قد أضافه إليه، علىٰ أن يعيد الشيء إلىٰ حالته الأصلية».

وقد أدخلت علىٰ هذه المادة تعديلات لفظية علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة.

انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م857) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 4/ ص 678 و679).

والفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة تقابل المادة (856) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (771) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (655) من التقنين الكويتي.

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (776) من مرشد الحيران علىٰ أن: «مؤونة العين المستعارة ومصاريف حفظها وردها تكون علىٰ المستعير». ونصت المادة (815) من المجلة علىٰ أن: «نفقة المستعار علىٰ المستعير...». ونصت المادة (380) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة علىٰ أن: «تكون النفقة التي تقيم أود المعار علىٰ المستعير». ونصت المادة (209) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك علىٰ أن: «ما تحتاج إليه العارية من مؤونة أخذها من المعير، ومؤونة ردها إليه ونفقتها في مدة الإعارة - تكون علىٰ المستعير». (الشرح الصغير وحاشيته (ج 2/ ص 229)).

مادة (640):

1- علىٰ المستعير أن يبذل في المحافظة علىٰ الشيء المعار العناية التي يبذلها في المحافظة علىٰ ماله، دون أن ينزل في ذلك عن عناية الشخص العادي.

2- وفي كل حال يكون ضامنًا لهلاك الشيء إذا نشأ الهلاك عن قوة قاهرة، وكان في وسعه أن يتحاشاه باستعمال شيء من ملكه الخاص، أو كان بين أن ينقذ شيئًا مملوكًا له أو الشيء المعار، فاختار أن ينقذ ملكه.

3- ولا يجوز الاتفاق علىٰ ما يخالف هذه الأحكام.

هذه المادة تقابل المادة (641) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي:

«1- علىٰ المستعير أن يبذل في المحافظة علىٰ الشيء العناية التي يبذلها في المحافظة علىٰ ماله، دون أن ينزل في ذلك من عناية الرجل المعتاد.

2- وفي كل حال يكون ضامنًا لهلاك الشيء إذا نشأ الهلاك عن حادث مفاجئ أو قوة قاهرة، وكان في وسعه أن يتحاشاه باستعمال شيء من ملكه الخاص، أو كان بين أن ينقذ شيئًا مملوكًا له أو الشيء المعار، فاختار أن ينقذ ملكه.

وقد أدخلت على هذه المادة التعديلات الآتية:

1- أدخلت علىٰ الفقرة الأولىٰ منها تعديلات لفظية علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة.

2- حذفت من الفقرة الثانية عبارة: «حدث مفاجئ»؛ لأن هذا الحادث يعتبر من قبيل القوة القاهرة، ولم يعد الفقه يفرق بين الأمرين.

3- أضيفت فقرة ثالثة تقضي ببطلان الاتفاق علىٰ ما يخالف الأحكام الواردة في الفقرتين الأولىٰ والثانية، حيث أخذ بعكس الحكم المستقر فقهًا، والذي يقضي بأن القواعد في مسئولية المستعير لا تتعلق بالنظام العام، فيجوز الاتفاق علىٰ ما يخالفها. فبمقتضىٰ الفقرة المضافة لا يجوز الاتفاق علىٰ تشديد مسئولية المستعير بحيث يكون مسئولًا حتىٰ عن الهلاك بقوة قاهرة في غير الفرضين المذكورين في الفقرة الثانية. ولا يجوز التخفيف من هذه المسئولية بحيث لا يكون مسئولًا إذا وقع الهلاك بقوة قاهرة ولو في الفرضين المذكورين، أو لا يكون مسئولًا حتىٰ عن تقصيره. وهذا كله تطبيقًا للمادة (229) من المشروع التي لا تجيز الاتفاق علىٰ أن يتحمل المدين تبعة القوة القاهرة أو علىٰ إعفائه من المسئولية المترتبة علىٰ عدم تنفيذ التزامه التعاقدي إذ إن مثل هذا الاتفاق ينافي مقتضىٰ العقد.

انظر وقارن المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 858) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 4/ ص 681 و682).

فالتزام المستعير في هذا الصدد التزام ببذل عناية، حيث يكون عليه أن يبذل في المحافظة علىٰ الشيء المعار العناية التي يبذلها في المحافظة علىٰ ماله، دون أن ينزل في ذلك عن عناية الشخص العادي.

ومن ثم يكون مسئولًا عن هلاك الشيء المعار أو تلفه أو تعيبه، إلا إذا أثبت أنه بذل في المحافظة عليه هذا القدر من العناية، فإن قصر في ذلك وجبت مسئوليته عن تعويض التلف.

والقاعدة: أن المدين لا يسأل عن القوة القاهرة، سواء في العارية وفي غيرها من العقود، ولكن القانون أورد في العارية استثناءً لهذه القاعدة أراد فيه التشدد في مسئولية المستعير، باعتبار أن العارية عقد تبرع، وذلك في الفرضين المذكورين في الفقرة الثانية من المادة المقترحة.

ولا يجوز الاتفاق علىٰ ما يخالف هذه الأحكام كما سبق القول.

وفي الفقه الإسلامي: يرىٰ الشافعية والحنفية والمالكية أن العارية أمانة في يد المستعير، ومن ثم لا يضمن المستعير العارية إلا بالتعدي عليها أو التقصير في المحافظة عليها، ذلك أن مسئولية الشخص عما في حيازته من مال مملوك للغير تختلف بحسب ما إذا كانت يده يد أمانة أو يد ضمان، فإن كانت الأولىٰ كما هو الشأن بالنسبة إلىٰ المستعير، فإنه لا يضمن إلا بالتعدي أو التقصير، وإن كانت الثانية فإنه يضمن ولو لم يصدر منه تعدٍ أو تقصير. وقد خالف الحنابلة جمهور الفقهاء في ذلك، فاعتبروا يد المستعير يد ضمان. وذلك بناءً علىٰ قاعدة لديهم، وهي أن من حاز مالًا لغيره لمصلحة نفسه دون عوض ضمن تلفه وهلاكه، ولو كان التلف أو الهلاك بلا تعدٍّ أو تفريط (انظر في هذا المعنىٰ بالنسبة إلىٰ العارية (م 1306) من مجلة الأحكام الشرعية).

وقد أخذ المشروع في المادة المقترحة بمذهب الجمهور، فاعتبر يد المستعير يد أمانة، بحيث لا يضمن إلا إذا صدر منه تقصير في المحافظة علىٰ العارية أو تعد عليها.

وفي نصوص الفقه الإسلامي ما يواجه كل أحكام المادة المقترحة.

فقد نصت المادة (813) من المجلة علىٰ أن: «العارية أمانة في يد المستعير، فإذا هلكت أو ضاعت أو نقصت بلا تعدٍّ ولا تقصير؛ فلا يلزم الضمان...».

ونصت المادة (376) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة علىٰ أن: «تكون العارية أمانة في يد المستعير لا تضمن إن هلكت من غير تعدٍّ» (الدر المختار وحاشية ابن عابدين ج 4/ ص 767)، (مجمع الأنهر ج 2/ ص 646)، (فتح القدير ج 7/ ص 104).

ونصت المادة (814) من المجلة علىٰ أنه: «إذا حصل من المستعير تعدٍّ أو تقصير بحق العارية، ثم هلكت أو نقصت قيمتها، فبأي سبب كان الهلاك أو النقص يلزم المستعير

الضمان...».

ونصت المادة (772) من مرشد الحيران علىٰ أن: «العارية لا تضمن بالهلاك من غير تعدٍّ، ويبطل اشتراط ضمانها في العقد، وإنما تضمن بتعدي المستعير عليها أو بتقصيره أو إهماله في المحافظة عليها».

ونصت المادة (204) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك علىٰ أن: «العارية أمانة في يد المستعير، فعليه أن يحافظ عليها، وأن يتعهدها بالصيانة مما يخاف عليها منه، وتركه لذلك تفريط يوجب الضمان». (الشرح الكبير ج 3/ ص 392) و(الشرح الصغير وحاشيته ج 2/ ص 228).

ونصت المادة (774) من مرشد الحيران علىٰ أنه: «إذا كان في إمكان المستعير منع التلف عن العارية بأي وجه ولم يمنعه، يكون متعديًا فيضمنها، وإن أخذ العارية متغلب ولم يقدر المستعير علىٰ دفعه، فلا ضمان عليه».

ونصت المادة (384) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة علىٰ أنه: «إذا اشترط الضمان في العارية بطل الشرط». (الدر المختار وحاشية ابن عابدين ج 4/ ص 769). وفي هذا المعنىٰ أيضًا ما جاء في المادة (772) من مرشد الحيران التي تقدم ذكرها.

ونصت المادة (205) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك علىٰ أنه: «لا يعمل بشرط الضمان علىٰ المستعير فيما لا يضمن فيه».

ونصت المادة (1297) من مجلة الأحكام الشرعية (المذهب الحنبلي) علىٰ أن: «يلغىٰ كل شرط ينافي مقتضىٰ عقد الإعارة، فلو شرط نفي الضمان ألغي الشرط».

والمادة المقترحة تقابل المادتين (857 و858) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (770) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (656) من التقنين الكويتي.

مادة (641):

1- متىٰ انتهت العارية وجب علىٰ المستعير أن يرد الشيء المعار بالحالة التي

يكون عليها، وذلك دون إخلال بمسئوليته عن الهلاك أو التلف.
2- ويجب الرد في المكان الذي تسلم فيه المستعير الشيء المعار، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك.
3- وتكون مصروفات الرد علىٰ المستعير.

هذه المادة تتفق مع المادة (642) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- متىٰ انتهت العارية وجب علىٰ المستعير أن يرد الشيء الذي تسلمه بالحالة التي يكون عليها، وذلك دون إخلال بمسئوليته عن الهلاك أو التلف.

2- ويجب رد الشيء في المكان الذي يكون المستعير قد تسلمه فيه، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك».

وقد أدخلت علىٰ هذه المادة تعديلات لفظية علىٰ النحو الوارد في الفقرتين الأولىٰ والثانية من المادة المقترحة، كما أضيفت فقرة ثالثة تقضي بأن تكون مصروفات الرد علىٰ المستعير، وهي تطبيق القواعد العامة؛ لأن المستعير هو المدين بالالتزام بالرد.

انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 859) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 4/ ص 684).

والمادة المقترحة تتفق مع المادتين 657 و655 من التقنين الكويتي.

وتقابل المادتين 860 و856 من التقنين العراقي.

وتقابل المادتين 778 و771 من التقنين الأردني.

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (826) من المجلة علىٰ أن: «العارية المؤقتة نصًّا أو دلالة يلزم ردها للمعير في ختام المدة، لكن المكث المعتاد معفو...».

ونصت المادة (827) علىٰ أنه: «إذا استعير شيء للاستعمال في عمل مخصوص، فمتىٰ انتهىٰ ذلك العمل بقيت العارية في يد المستعير أمانة كالوديعة، وحينئذ ليس له أن يستعملها، ولا أن يمسكها زيادة علىٰ المعتاد، وإذا استعملها أو أمسكها فهلكت - ضمن».

ونصت المادة (728) علىٰ أن: «المستعير يرد العارية إلىٰ المعير بنفسه أو علىٰ يد أمينة، فإذا ردها علىٰ يد غير أمينة فهلكت صار ضامنًا».

ونصت المادة (829) علىٰ أن: «العارية – إذا كانت في الأشياء النفيسة كالمجوهرات – يلزم في ردها أن تسلم إلىٰ يد المعير نفسه، وأما ما سوىٰ ذلك من الأشياء فإيصالها إلىٰ المحل الذي يعد التسليم فيه في العرف والعادة تسليمًا، وكذا إعطاؤها إلىٰ خادم المعير رد وتسليم...».

ونصت المادة (830) علىٰ أن: «مصاريف رد العارية ومئونة نقلها علىٰ المستعير».

ونصت المادة (397) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة علىٰ أن: «يبرأ المستعير من الضمان متىٰ سلم العارية بالتسليم المتعارف». انظر المذكرة الإيضاحية لهذه المادة، وانظر: فتح القدير (ج 7/ ص 111، 112)، (حاشية ابن عابدين ج 4/ ص 773)، وانظر أيضًا المادتين (764 و769) من مرشد الحيران.

ونصت المادة (1303) من مجلة الأحكام الشرعية علىٰ أنه: «يجب رد العارية بطلب المالك، وبانقضاء الغرض منها، وبانتهاء التأقيت وبموت المعير أو المستعير، فإذا تأخر الرد علىٰ ذلك لزم فيها أجر المثل لمدة التأخير».

ونصت المادة (1304) علىٰ أن: «علىٰ المستعير رد العارية إلىٰ المعير في الموضع الذي أخذها منه، وعليه مئونة الرد إلىٰ ذلك الموضع، ولا يلزمه أن يحملها إلىٰ موضع آخر أو يسلمها في بلد آخر، إلا إذا كانت معه هناك فيلزمه دفعها إليه».

ونصت المادة (1305) علىٰ أن: «يبرأ المستعير برد العارية إلىٰ من جرت العادة برد مثلها علىٰ يده، فلو ردها لوكيل المعير في قبض حقوقه، أو رد الدابة إلىٰ السائس، أو الأمتعة إلىٰ الخازن – برئ، أما لو رد الدابة إلىٰ الإسطبل أو المتاع إلىٰ داره أو مخزنه من غير تسليم لأحد، أو سلمها لمن لم تجر العادة بقبضه – لم يبرأ بذلك».

3 – انتهاء العارية:

مادة (642):

1 – تنتهي العارية بانقضاء الأجل المتفق عليه، فإذا لم يعين لها أجل، انتهت باستعمال الشيء فيما أعير من أجله.

2 – فإن لم يكن هناك سبيل لتعيين مدة العارية، جاز للمعير إنهاؤها في أي وقت.

3- وفي كل حال يجوز للمستعير أن يرد الشيء المعار قبل انتهاء العارية، غير أنه إذا كان هذا الرد يضر المعير فلا يرغم علىٰ قبوله.

هذه المادة تطابق المادة (643) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (658) من التقنين الكويتي.

وتتفق مع المادة (861) من التقنين العراقي.

وتقابل المادتين 777 و776/ 1 من التقنين الأردني.

انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 860) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 4/ ص 687).

وما تقضي به المادة المقترحة يتفق مع ما يقوله الفقه الإسلامي بلا خلاف، وذلك فيما عدا كون العارية لازمة أو غير لازمة في حق المعير، إذا عين لها أجل أو حدد لها عمل أبرمت من أجله.

ففي خصوص انتهاء العارية بانقضاء الأجل المعين لها أو الفراغ من العمل الذي أبرمت من أجله، نصت المادة (826) من المجلة علىٰ أن: «العارية المؤقتة - نصًّا أو دلالة - يلزم ردها للمعير في ختام المدة، لكن المكث المعتاد معفو...».

ونصت المادة (827) علىٰ أنه: «إذا استعير شيء للاستعمال في عمل مخصوص، فمتىٰ انتهىٰ ذلك العمل بقيت العارية في يد المستعير أمانة كالوديعة، وحينئذٍ ليس له أن يستعملها، ولا أن يمسكها زيادة علىٰ المعتاد، وإذا استعملها أو أمسكها فهلكت - ضمن». وفي هذا المعنىٰ أيضًا المادة (764) من مرشد الحيران.

ونصت المادة (396) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة علىٰ أنه: «إذا كانت العارية مؤقتة وأمسكها المستعير بعد مضي الوقت فهلكت - ضمن». (انظر: المذكرة الإيضاحية لهذه المادة، وكذلك: ابن عابدين ج 4/ ص 772).

وفي خصوص كون العارية غير لازمة في حق المعير، إذا كانت غير مقيدة بمدة أو بعمل، فيجوز له إنهاؤها في أي وقت، قال ابن القاسم وأشهب (في مذهب مالك): إذا لم تقيد الإعارة بزمن ولا عمل فلا يلزم بها شيء، وللمعير أن يسترد العارية متىٰ شاء (بداية

المجتهد ج 2/ ص 262)، (القوانين الفقهية ص 358)، (شرح مجموع الأمير ج 2/ ص 196)، (الشرح الكبير وحاشيته ج 3/ ص 394).

وفي خصوص كون العارية غير لازمة في حق المستعير في جميع الأحوال، نصت المادة (1299) من مجلة الأحكام الشرعية علىٰ أن: «العارية ليست من العقود اللازمة، فللمستعير أن يرد العارية متىٰ شاء، وللمعير الرجوع فيها متىٰ شاء مطلقة كانت أو مؤقتة، ولو قبل شروع المستعير في الانتفاع، أو قبل انقضاء غرضه، أو قبل الوقت المعين في المؤقتة».

أما في خصوص كون العارية لازمة، أو غير لازمة في حق المعير إذا عين لها أجل، أو حدد لها عمل أبرمت من أجله – فقد اختلف الفقه الإسلامي، حيث يرىٰ الحنفية والشافعية والحنابلة أن الإعارة غير لازمة في حق المعير، ولو كانت مقيدة بزمن أو عمل، فيجوز له استرداد العارية في أي وقت، فقد نصت المادة (806) من المجلة علىٰ أن: «للمعير أن يرجع عن الإعارة متىٰ شاء».

ونصت المادة (825) علىٰ أنه: «متىٰ طلب المعير العارية لزم المستعير ردها إليه فورًا، وإذا وقفها وأخرها بلا عذر فتلفت العارية أو نقصت قيمتها – ضمن».

ونصت المادة (768) من مرشد الحيران علىٰ أن: «للمعير أن يسترد العارية ويرجع فيها في أي وقت شاء، ولو كانت مؤقتة، أو كان في استردادها ضرر، إلا إذا كان الضرر لزواله نهاية معلومة كالزرع، أو كان قريب الزوال، فليس للمستعير الاسترداد، وتبقىٰ العين في يد المستعير بأجر مثل حتىٰ يزول الضرر».

ونصت المادة (382) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة علىٰ أن: «للمعير أن يرجع في العارية متىٰ شاء، ولو كانت مؤقتة أو كان في الرجوع ضرر بالمستعير، فتبطل العارية بالرجوع، وتبقىٰ العين المستعارة بأجر المثل، إن كان ثمة ضرورة لبقائها». (الدر المختار وحاشية ابن عابدين ج 4/ ص768)، انظر كذلك المادة (1299) من مجلة الأحكام الشرعية (علىٰ المذهب الحنبلي)، التي تقدم ذكرها.

بينما يرىٰ المالكية أن الإعارة تكون لازمة في حق المعير إذا كانت مقيدة بزمن أو

عمل، فلا يجوز له استرداد العارية قبل نهاية المدة أو تمام العمل، فقد نصت المادة (207) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك علىٰ أنه: «إذا قيدت مدة الإعارة بزمن أو عمل فليس للمعير أن يسترد العارية من المستعير قبل انتهاء مدتها، وإن لم تقيد بزمن ولا عمل - فليس له أن يستردها قبل انتهاء المدة المعتادة في إعارة مثلها، وله استردادها منه متىٰ شاء في جميع الحالات، إذا استعملها فيما هو أشق عليها مما أعيرت لأجله مع مراعاة أحكام المادة السابقة» (بداية المجتهد ج 2/ ص262. القوانين الفقهية ص358. شرح مجموع الأمير ج2/ ص 196. الشرح الكبير وحاشيته ج 3/ ص394).

وقد أخذ المشروع بمذهب المالكية في لزوم العارية في حق المعير إذا كانت مقيدة بزمن أو عمل.

هذا، وقد اشترطت الفقرة الثالثة من المادة المقترحة في استعمال المستعير حقه في رد الشيء المعار قبل انتهاء العارية، ألا يترتب عليه ضرر للمعير، وذلك استنادًا إلىٰ القاعدة العامة، التي تقضي بأنه: «لا ضرر ولا ضرار».

وقد جاء في قواعد ابن رجب ص (111) (القاعدة الستون) أن: «التفاسخ في العقود الجائزة متىٰ تضمن ضررًا علىٰ أحد المتعاقدين أو غيرهما ممن له تعلق بالعقد - لم يجز، ولم ينفذ، إلا أن يمكن استدراك الضرر بضمان أو نحوه، فيجوز علىٰ ذلك الوجه».

مادة (643):

يجوز للمعير أن يطلب في أي وقت إنهاء العارية في الأحوال الآتية:

(أ) إذا عرضت له حاجة عاجلة للشيء المعار لم تكن متوقعة.

(ب) إذا أساء المستعير استعمال الشيء المعار، أو قصر في الاحتياط الواجب للمحافظة عليه.

(ج) إذا أعسر المستعير بعد انعقاد العارية، أو كان معسرًا قبل ذلك دون علم

المعير.

هذه المادة تطابق المادة (644) من التقنين الحالي.

وتتفق مع المادة (862) من التقنين العراقي.

وتتفق في البند (أ) مع المادة (659) من التقنين الكويتي.

وهي تقضي بأنه إذا اتفق علىٰ أجل معين للعارية أو علىٰ غرض معين، فإن العارية مع ذلك تنتهي قبل انقضاء الأجل أو تحقيق الغرض، إما بسقوط الأجل إذا طرأت حاجة للمعير أو أعسر المستعير، وإما بفسخ العارية إذا أساء المستعير استعمال الشيء المعار أو قصر في المحافظة عليه. أما إذا لم يتفق علىٰ أجل معين ولا علىٰ غرض معين، فإن العارية تنتهي في أي وقت يريده المعير (م 642/ 2 من المشروع)، فلا يكون هناك مجال للقول بسقوط الأجل، أو بفسخ العارية في الحالة المذكورة.

انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 861) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 4/ ص 689 و690).

وما تقضي به المادة المقترحة يدخل في نطاق ما يراه جمهور الفقه الإسلامي، الشافعية والحنفية والحنابلة، من أن الإعارة غير لازمة في حق المعير، ولو كانت مقيدة بزمن أو عمل، فيجوز له استرداد العارية في أي وقت، سواء في الحالات المذكورة في النص أو في غيرها.

(انظر المادتين 806 و825 من المجلة، والمادة (768) من مرشد الحيران، والمادة (382) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة، والمادة (1299) من مجلة الأحكام الشرعية، وقد تقدم ذكر هذه المواد جميعها).

وفي خصوص حق المعير في فسخ العارية إذا أساء المستعير استعمال الشيء المعار أو قصر في المحافظة عليه، فإن المالكية يرون ذلك، فقد نصت المادة (207) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك علىٰ أن: «للمعير أن يسترد العارية متىٰ شاء في جميع الحالات إذا استعملها المستعير فيما هو أشق عليها مما أعيرت لأجله».

ويرىٰ المالكية كذلك سقوط حق المدين في الأجل عند إعساره، وهو ما يعتبر

مسندًا لحكم الفقرة «ج» من المادة المقترحة (انظر المذكرة الإيضاحية للمادة (261) من المشروع).

مادة (644): تنتهي العارية بموت المستعير، ما لم يتفق علىٰ غير ذلك.

هذه المادة تتفق مع المادة (645) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ أن: «تنتهي العارية بموت المستعير، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغيره».

وتطابق المادة (660) من التقنين الكويتي.

وتتفق مع المادة (863) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (776) من التقنين الأردني.

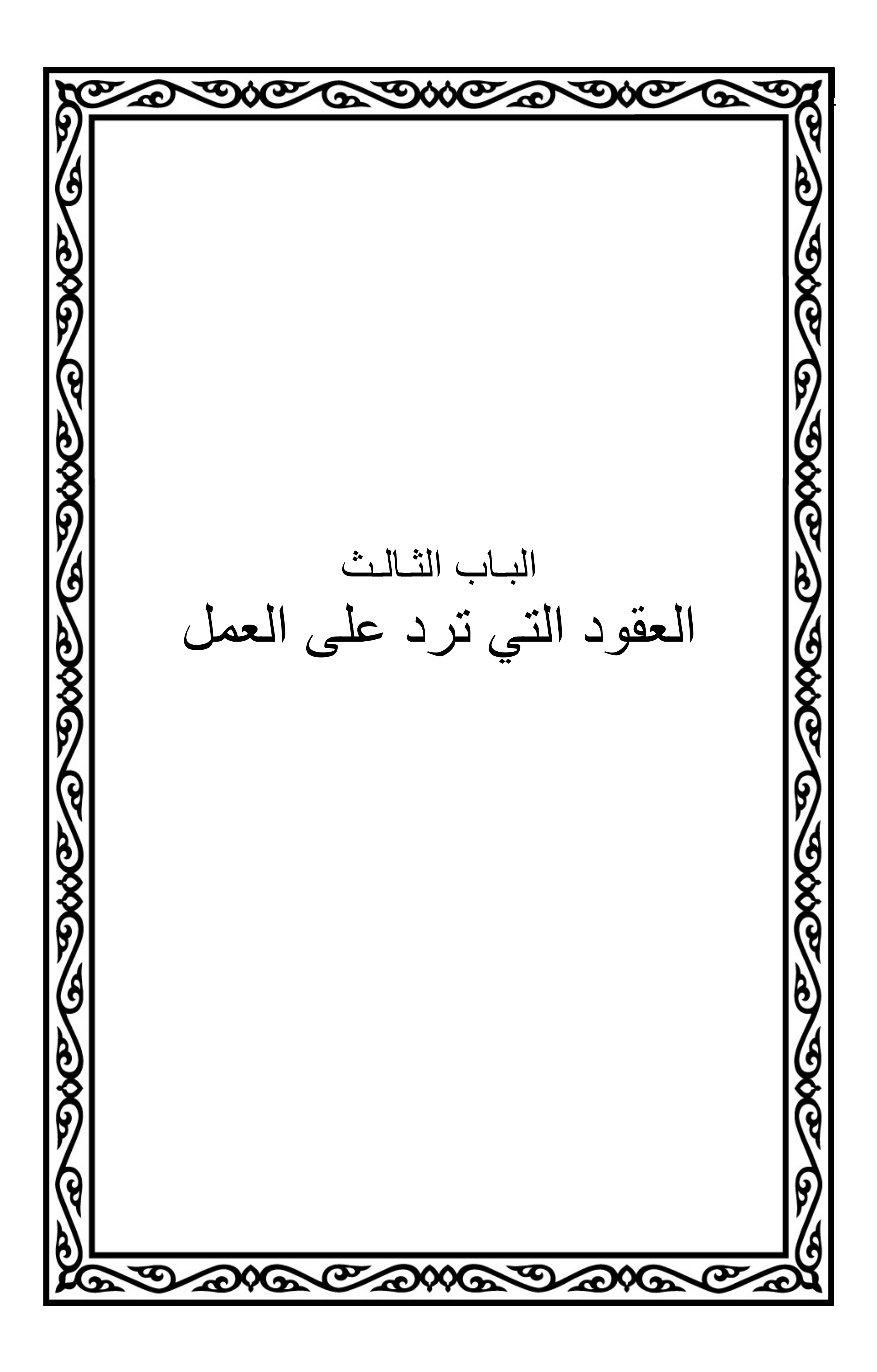
فالعارية تنتهي بموت المستعير؛ لأن شخصيته محل اعتبار في العقد، فلا تنتقل العارية إلىٰ ورثته إلا إذا اتفق علىٰ غير ذلك. والالتزامات التي تكون قد نشأت في ذمة المستعير بسبب العارية تتحمل بها تركته، أما موت المعير فلا ينهي العارية، وتنتقل حقوقه إلىٰ ورثته، كما تنتقل التزاماته في حدود تركته.

انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 862) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 4/ ص 691).

وفي الفقه الإسلامي: تنتهي العارية بموت المعير أو المستعير. فقد نصت المادة (807) من المجلة علىٰ أن: «تنفسخ الإعارة بموت المعير أو المستعير». وتطابقها المادة (401) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة. (ابن عابدين ج 4/ ص 775).

ونصت المادة (778) من مرشد الحيران علىٰ أن: «تنفسخ الإعارة بموت المعير أو المستعير، ولا تنتقل العارية لورثة المستعير، فإن مات المستعير مجهلًا للعين المستعارة، ولم توجد في تركته - تكون دينًا واجبًا أداؤه من التركة».





الباب الثالث

العقود التي ترد على العمل

الفصل الأول
عقد المقاولة

(1) أركان عقد المقاولة

مادة (645): المقاولة عقد يقوم أحد المتعاقدين بمقتضاه بصنع أو أداء عمل لقاء أجر.

هذه المادة تقابل المادة (646) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ أن: «المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئًا، أو أن يؤدي عملًا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر».

ويؤخذ علىٰ نص التقنين الحالي أنه يعرف المقاولة بالتزام يقع علىٰ عاتق أحد المتعاقدين، مع أن الالتزام أثر للعقد، ويجب أن ينصب التعريف علىٰ محل العقد، وهو العملية القانونية المقصودة منه، كما سبق القول.

والعملية القانونية المقصودة من المقاولة: هي قيام المقاول بصنع شيء أو أداء عمل، حيث يرتب عقد المقاولة التزامات علىٰ عاتق كل من الطرفين، وهذه الالتزامات ترمي في مجموعها إلىٰ تحقيق العملية القانونية المقصودة من العقد.

ولهذا جاء التعريف في المادة المقترحة علىٰ نحو يتناول فيه محل العقد والعناصر الجوهرية فيه، وهي: صنع شيء أو أداء عمل، والأجر المتفق عليه.

والمادة المقترحة تقابل المادة (864) من التقنين العراقي التي تتفق مع المادة (646) من التقنين المصري الحالي.

وتقابل المادة (780) من التقنين الأردني التي تتفق مع المادة (646) من التقنين المصري الحالي.

وتقابل المادة (661) من التقنين الكويتي.

وعقد المقاولة في الفقه الإسلامي هو عقد الاستصناع، ويقتصر محله علىٰ صنع شيء، فإذا اقتصر محل العقد علىٰ عمل، كان العقد إجارة، وفي الاستصناع يقدم الصانع

المادة والعمل، ويعتبر العقد عقد بيع.

وقد نصت المادة (388) من المجلة في هذا الصدد علىٰ أنه: «إذا قال شخص لأحد من أهل الصنائع: اصنع لي الشيء الفلاني بكذا قرشًا. وقبل الصانع ذلك - انعقد البيع استصناعًا، مثلًا: لو أرىٰ المشتري رجله لخفاف، وقال له: اصنع لي زوجي خف من نوع السختيان الفلاني بكذا قرشًا. وقبل الصانع، أو تقاول مع نجار علىٰ أن يصنع له زورقًا أو سفينة، وبين له طولها وعرضها وأوصافها اللازمة وقبل النجار - انعقد الاستصناع. كذلك لو تقاول مع صاحب معمل أن يصنع له كذا بندقية، كل واحدة بكذا قرشًا، وبين الطول والحجم وسائر أوصافها اللازمة، وقبل صاحب المعمل - انعقد الاستصناع».

ونصت المادة (389) علىٰ أن: «كل شيء تعومل استصناعه يصح فيه الاستصناع علىٰ الإطلاق».

وأما ما لم يتعامل باستصناعه إذا بين فيه المدة صار سلمًا، وتعتبر فيه حينئذ شروط السلم، وإذا لم يبين فيه المدة كان من قبيل الاستصناع أيضًا».

ونصت المادة (214) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة علىٰ أن: «الاستصناع بيع ما يصنعه عينًا».

وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة أنه: «في الاستصناع يطلب من الصانع العمل والعين جميعًا، فلو كانت العين من المستصنع كان إجارة لا استصناعًا، وكيفيته أن يقول للصانع كخفاف مثلًا: اصنع لي من مالك خفًّا من هذا الجنس بهذه الصفة بعشرين. فإن حدد فيه أجل كان سلمًا.

والاستصناع بلا أجل معلوم يصح استحسانًا فيما تعورف فيه كخف وطست وغير ذلك من الأواني. وجوازه استحسانًا؛ لأن الناس تعاملوه في سائر الأعصار من غير نكير، فكان إجماعًا منهم علىٰ الجواز، وقد استصنع رسول الله ﷺ خاتمًا ومنبرًا، ولقياس يأبىٰ جوازه لأنه بيع المعدوم. وهو بيع عند عامة مشايخنا. ومن شرط جوازه أن يكون فيما للناس فيه تعامل، ولا يصح الاستصناع بلا أجل فيما لم يتعارفه الناس فيه، كما إذا أمر حائكًا أن ينسج له ثيابًا بغزل من عنده بدراهم لم يجز، إذ لم يجز فيه التعامل، فيبقىٰ علىٰ أصل القياس، إلا إذا شرط فيه الأجل وبين شرائط السلم، فحينئذٍ يجوز بطريق السلم

(بدائع البضائع ج 5/ ص 209 و210)، (مجمع الأنهر ج 2/ ص 106 و107).

والمقاولة في حكم المادة المقترحة أعم من الاستصناع، فقد يكون محلها صنع شيء أو أداء عمل. ولا شك في أن العقد يتمحض عقد مقاولة، إذا قدم صاحب العمل المادة، واقتصر المقاول علىٰ تقديم عمله، أما إذا قدم المقاول المادة والعمل معًا، فإن النظر يختلف في هذه الحالة، حيث ذهب رأي إلىٰ أن العقد حينئذ يكون مقاولة دائمًا، وذهب رأي آخر إلىٰ أن العقد بيع شيء مستقبل، وهو ما يتفق مع رأي الفقه الإسلامي، ولكن الرأي الصحيح هو الذي يذهب إلىٰ أن العقد يكون مقاولة أو بيعًا بحسب قيمة العمل بالنسبة إلىٰ قيمة المادة، فإذا كانت قيمة العمل تزيد بكثير علىٰ قيمة المادة - كان العقد مقاولة، وإن كان العكس، اعتبر العقد بيعًا.

مادة (646):

1- يجوز أن يقتصر المقاول علىٰ تقديم عمله، ويقدم صاحب العمل المادة التي يستخدمها أو يستعين بها المقاول في القيام بعمله.

2- كما يجوز أن يقدم المقاول العمل والمادة معًا.

هذه المادة تقابل المادة (647) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- يجوز أن يقتصر المقاول علىٰ التعهد بتقديم عمله، علىٰ أن يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها أو يستعين بها في القيام بعمله.

2- كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معًا».

وقد استبدلت في هذه المادة عبارة «صاحب العمل» بعبارة «رب العمل»، كما حذفت منها كلمة «التعهد» في الفقرة الأولىٰ، وكلمة «بتعهد» في الفقرة الثانية؛ نظرًا إلىٰ أن المادة تتحدث عن عنصر جوهري يدخل في محل العقد، فيعتبر ركنًا فيه، وهو المادة أو العمل.

والمادة المقترحة تقابل المادة (865) من التقنين العراقي التي تتفق مع المادة (647) من التقنين المصري الحالي.

وتقابل المادة (781) من التقنين الأردني التي تتفق مع المادة (647) من التقنين

المصري الحالي.

وتقابل المادة (662) من التقنين الكويتي.

والصورتان المذكورتان في المادة المقترحة عرض لهما الفقه الإسلامي، كما سبق القول في المذكرة الإيضاحية للمادة السابقة، وإن اختلفت التسمية أو اختلف الوصف، فعقد المقاولة في الفقه الإسلامي هو عقد الاستصناع، ويقتصر محله علىٰ صنع شيء، وفيه يقدم الصانع المادة والعمل، ويعتبر عقد بيع، فإذا اقتصر محل العقد علىٰ عمل، كان العقد إجارة.

انظر نصوص الفقه الإسلامي المذكورة تحت المادة السابقة.

وقد جاء في المادة (421) من المجلة: «...عقد الإجارة الوارد علىٰ العمل - وهنا يقال للمأجور: أجير. - كاستئجار الخدمة والعملة، واستئجار أرباب الحرف والصنائع، هو من هذا القبيل؛ حيث إن إعطاء السلعة للخياط مثلًا ليخيط ثوبًا يصير إجارة علىٰ العمل، كما أن تقطيع الثوب علىٰ أن السلعة من عند الخياط استصناع».



(2) آثار عقد المقاولة

(1) التزامات المقاول:

مادة (647): إذا قدم المقاول مادة العمل كلها أو بعضها، كان مسئولًا عن توافر الشروط والمواصفات المتفق عليها فيها، فإذا لم يتفق علىٰ شروط ومواصفات - وجب أن تكون المادة وافية بالغرض المقصود.

هذه المادة تتفق مع المادة (648) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «إذا تعهد المقاول بتقديم مادة العمل كلها أو بعضها - كان مسئولًا عن جودتها، وعليه ضمانها لرب العمل».

وقد عدل هذا النص علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة رغبة في الإيضاح، ذلك أنه إذا كانت قيمة المادة تفوق قيمة العمل - كان العقد بيعًا تنتقل الملكية بمقتضاه عند تمام صنع المادة، وإذا كانت قيمة العمل تفوق قيمة المادة، فإن الملكية تنتقل مع ذلك

بمقتضىٰ عقد المقاولة عند تمام صنع المادة، وفي الحالتين تسري الأحكام الملائمة لطبيعة عقد الاستصناع الذي نحن بصدده، وهي أحكام البيع، ومن ثم يكون المقاول ملزمًا بالضمان إذا لم تتوافر في المادة الصفات التي كفل لصاحب العمل وجودها فيها، أو كان بالمادة عيب خفي ينقص من قيمتها أو من نفعها بحسب الغاية المقصودة منها. (م 414 / 1 من المشروع).

وهذه الأحكام تتفق مع ما يراه الفقه الإسلامي في وصفه لعقد الاستصناع الذي نحن بصدده، فهو يعتبر هذا العقد بيعًا، كما سبق القول (انظر م 388 من المجلة، وم (214) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة، وقد تقدم ذكرهما).

وبناءً علىٰ ذلك، فإنه يقول بثبوت الخيار للمستصنع إذا لم تتوافر في المصنوع الصفات المشروطة، فإن شاء فسخ العقد، وإن شاء أجازه.

وقد نصت المادة (292) من المجلة في هذا المعنىٰ علىٰ أنه: «إذا انعقد الاستصناع فليس لأحد العاقدين الرجوع، وإذا لم يكن المصنوع علىٰ الأوصاف المطلوبة المبينة - كان المستصنع مخيرًا».

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (866) من التقنين العراقي التي تطابق المادة (648) من التقنين المصري الحالي.

وتتفق مع المادة 783/ 1 من التقنين الأردني.

وتتفق مع المادة 663/ 1 من التقنين الكويتي.

مادة (648):

1- إذا قدم صاحب العمل مادة العمل، وجب علىٰ المقاول أن يبذل في المحافظة عليها عناية الشخص العادي، وأن يراعي أصول الفن في استخدامها، وأن يرد إلىٰ صاحب العمل ما بقي منها، فإذا صار شيء من هذه المادة غير صالح للاستعمال بسبب إهماله أو قصور كفايته الفنية، التزم برد قيمته لصاحب العمل.

2- وعلىٰ المقاول أن يأتي بما يحتاج إليه في إنجاز العمل من أدوات ومهمات

إضافية، ويكون ذلك علىٰ نفقته، ما لم يقض الاتفاق أو عرف الحرفة بغيره.

هذه المادة تتفق مع المادة (649) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- إذا كان رب العمل هو الذي قدم المادة، فعلىٰ المقاول أن يحرص عليها، ويراعي أصول الفن في استخدامه لها، وأن يؤدي حسابًا لرب العمل عما استعملها فيه، ويرد إليه ما بقي منها، فإذا صار شيء من هذه المادة غير صالح للاستعمال بسبب إهماله أو قصور كفايته الفنية - التزم برد قيمة هذا الشيء لرب العمل.

2- وعلىٰ المقاول أن يأتي بما يحتاج إليه في إنجاز العمل من أدوات ومهمات إضافية، ويكون ذلك علىٰ نفقته، هذا ما لم يقض الاتفاق أو عرف الحرفة بغيره».

وقد عدلت هذه المادة المقترحة علىٰ النحو الوارد رغبة في الإيضاح.

فإذا قدم صاحب العمل المادة، وجب علىٰ المقاول أن يحافظ عليها، وأن يبذل في ذلك عناية الشخص العادي، فإذا لم يبذل هذا القدر من العناية، كان مسئولًا عن هلاكها أو تلفها أو ضياعها أو سرقتها.

كذلك يجب علىٰ المقاول أن يستخدم المادة طبقًا لأصول الفن، وأن يستعمل منها القدر اللازم لإنجاز العمل المطلوب دون نقص أو زيادة، وأن يرد إلىٰ صاحب العمل ما بقي منها، وإذا صار شيء منها غير صالح للاستعمال بسبب إهماله أو قصور كفايته الفنية - كان عليه أن يؤدي قيمة هذا الشيء لصاحب العمل، ويكون فوق ذلك مسئولًا عن التعويض.

وما يحتاج إليه إنجاز العمل من أدوات ومهمات يكون علىٰ نفقة المقاول، وما لم يقض الاتفاق أو عرف الحرفة بغيره.

وتتفق أحكام المادة المقترحة مع ما يراه الفقه الإسلامي.

ففي خصوص ما يجب علىٰ المقاول من المحافظة علىٰ مادة العمل، وحسن استخدامها، ومسئوليته عن الإهمال، وقصور الكفاية الفنية، نصت المادة (320) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة علىٰ أنه: «لا يضمن الأجير المشترك المتاع إلا بالاعتداء». ونصت المادة (221) علىٰ أن: «يضمن الأجير

المشترك ما تلف بعمله غير المأذون فيه». (فتح القدير ج 7/ ص 201 و202)، (مجمع الأنهر ج 2/ ص 392).

ونصت المادة (475) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك علىٰ أن: «المستأجر والأجير كل منهما أمين فيما وضع يده عليه بعد الإجارة، فلا يضمنه إذا ضاع أو تلف، إلا إذا كان الضياع أو التلف بسبب التفريط أو التعدي، فإن شرط ضمان علىٰ أحدهما ابتداءً فسد عقد الإجارة، إلا إذا أسقط الشرط قبل انتهاء العمل».

وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة أن ما وضع الأجير يده عليه هو الشيء الذي يعمل فيه العمل الذي استؤجر عليه (شرح مجموع الأمير ج 2/ ص231)، (الشرح الكبير وحاشيته ج/ 4 ص 22 و23).

ونصت المادة (706) من مجلة الأحكام الشرعية علىٰ أن: «الأجير المشترك يضمن ما تلف بفعله ولو عن غير قصد، مثلًا: لو عثر الحامل فسقط وتلف المحمول – ضمنه، وكذا لو غلط الخياط أو الطباخ فتلف الثوب أو الطعام – ضمنه. ويضمن الحمال ما يتلف بقوده وسوقه وانقطاع حبل شد به الحمل».

ونصت المادة (707) علىٰ أن: «عمل الأجير المشترك وما تولد منه مضمون عليه، فيضمن ما نقص بخطئه، كما لو استأجر خياطًا؛ ليفصل القماش له جبة ففصله قميصًا، أو أمر الصباغ أن يصبغ الثوب أصفر فصبغه أسود – ضمن النقص».

ونصت المادة (708) علىٰ أنه: «لا ضمان علىٰ الأجير مطلقًا فيما تلف عنده في حرزه بسبب غير فعله دون تعدٍّ منه ولا تقصير، كما لو سرق أو ضاع».

وجاء في جواهر الإكليل (ج 2/ ص 191): قال ابن رشد: «يضمن الصناع كل ما أتىٰ علىٰ أيديهم من خرق أو كسر أو قطع إذا عمله في حانوته، وإن كان صاحبه قاعدًا معه، إلا فيما فيه تغرير من الأعمال، مثل: ثقب اللؤلؤ، ونقش الفصوص، وتقويم السيوف، واحتراق الخبز عند الفران، أو الثوب في قدر الصباغ وما أشبه ذلك – فإنه لا ضمان عليهم فيما أتىٰ علىٰ أيديهم فيه، إلا أن يعلم أنه تعدىٰ فيه أو أخذها علىٰ غير وجه مأخذها، فيضمن حينئذٍ، وإذا ضمن الصانع، فيضمن المصنوع بقيمته معتبرة يوم دفعه للصانع خاليًا من الصنعة، ويضمن الصانع مصنوعه بالشروط المتقدمة، ولو شرط الصانع نفيه – أي

الضمان - أو دعا الصانع ربه لأخذه - أي المصنوع - فلم يأخذه وضاع فيضمنه الصانع في كل حال، إلا أن تقوم بينة بتلفه بلا تفريط ولا تعديه - فلا يضمنه، وتسقط الأجرة التي استؤجر بها عن مستأجره».

وفي خصوص تحمل المقاول نفقة ما يحتاج إليه في إنجاز العمل من أدوات ومهمات إضافية، ما لم يقض الاتفاق أو عرف الحرفة بغيره، نصت المادة (574) من المجلة علىٰ أن: «كل ما كان من توابع العمل، ولم يشرط علىٰ الأجير يعتبر فيه عرف البلدة وعادتها، كما أن العادة في كون الخيط علىٰ الخياط». وفي المعنىٰ أيضًا: م 474 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك، وم (581) من مجلة الأحكام الشرعية.

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (867) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادتين 783/ 2 و784 من التقنين الأردني.

وتتفق مع المادة (64) من التقنين الكويتي.

مادة (649):

1- إذا تبين أثناء سير العمل أن المقاول يقوم به علىٰ وجه معيب أو منافٍ للعقد، جاز لصاحب العمل أن ينذره، بأن يعدل من طريقة التنفيذ خلال أجل معقول يعينه له، فإذا انقضىٰ الأجل دون أن يرجع المقاول إلىٰ الطريقة الصحيحة، جاز لصاحب العمل أن يطلب فسخ العقد، أو أن يعهد إلىٰ مقاول آخر بإنجاز العمل علىٰ نفقة المقاول الأول طبقًا لأحكام المادة (223).

2- ويجوز طلب فسخ العقد في الحال إذا استحال إصلاح ما في طريقة التنفيذ من عيب، أو إذا تأخر المقاول في أن يبدأ العمل، أو في أن ينجزه تأخرًا لا يرجىٰ تداركه.

هذه المادة تقابل المادة (650) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- إذا ثبت أثناء سير العمل أن المقاول يقوم به علىٰ وجه معيب أو منافٍ للعقد، جاز لرب العمل أن ينذره بأن يعدل من طريقة التنفيذ خلال أجل معقول يعينه له، فإذا انقضىٰ الأجل دون أن يرجع المقاول إلىٰ الطريقة الصحيحة - جاز لرب العمل أن

يطلب إما فسخ العقد، وإما أن يعهد إلىٰ مقاول آخر بإنجار العمل علىٰ نفقة المقاول الأول طبقًا لأحكام المادة (209).

2- علىٰ أنه يجوز طلب فسخ العقد في الحال دون حاجة إلىٰ تعيين أجل، إذا كان إصلاح ما في طريقة التنفيذ من عيب مستحيلًا».

وقد أدخلت على هذه المادة التعديلات الآتية:

1- عدلت الفقرة الأولىٰ تعديلًا لفظيًّا علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة.

2- عدلت الفقرة الثانية تعديلًا لفظيًّا.

3- أضيفت إلىٰ الفقرة الثانية حالة أخرىٰ يجوز لصاحب العمل فيها أن يطلب فسخ العقد في الحال، دون حاجة إلىٰ تعيين أجل، ودون انتظار لحلول أجل التسليم». وهي حالة ما إذا تأخر المقاول في أن يبدأ العمل، أو في أن ينجزه تأخرًا لا يرجىٰ تداركه.

وقد كانت المادة (870) من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي تنص علىٰ هذه الحالة، وكانت تجري علىٰ الوجه الآتي: «إذا تأخر المقاول في أن يبدأ العمل، أو في أن ينجزه تأخرًا لا يرجىٰ معه مطلقًا أن يتمكن من القيام بالعمل كما ينبغي في المدة المتفق عليها - جاز لرب العمل فسخ العقد دون انتظار لحلول أجل التسليم» ثم حذف هذا النص في لجنة المراجعة؛ اكتفاءً بالقواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 5/ ص14) في الهامش. انظر المذكرة الإيضاحية لهذه المادة في هذا المرجع).

فبمقتضىٰ هذه الإضافة يجوز لصاحب العمل ألا ينتظر حلول الأجل المتفق عليه أو الأجل المعقول، ويبادر منذ أن يتبين استحالة إنجاز العمل في الميعاد إلىٰ طلب فسخ العقد؛ حيث يكون طلب الفسخ حينئذٍ في مصلحة الطرفين، وهذه حالة تدخل في نطاق نظرية الجحود المبتسر؛ إذ إن الإخلال بالتزام علىٰ النحو المذكور قد حصل مقدمًا وعلىٰ وجه محقق، ومن ثم فليس دقيقًا ما جاء في المذكرة الإيضاحية للنص المحذوف من أن حكمه «يخالف القواعد العامة التي لا تجيز طلب الفسخ، إلا إذا حصل الإخلال بالالتزام فعلًا».

والمادة المقترحة تتفق مع المادتين (667 و668) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (869) من التقنين العراقي التي تتفق مع المادة (650) من التقنين

المصري الحالي.

وتقابل المادة (785) من التقنين الأردني التي تتفق مع المادة (650) من التقنين المصري الحالي.

ويتفق حكم المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الإسلامي:

ففي خصوص حق صاحب العمل في إنذار المقاول، وفي طلب الفسخ عند التقصير من جانب هذا الأخير، نصت المادة (392) من المجلة علىٰ أنه: «إذا انعقد الاستصناع فليس لأحد العاقدين الرجوع، وإذا لم يكن المصنوع علىٰ الأوصاف المطلوبة المبينة كان المستصنع مخيرًا». حيث يكون المستصنع في هذه الحالة مخيرًا، إن شاء فسخ العقد، وإن شاء أجازه.

وفي قواعد ابن رجب (ص 64 القاعدة الخامسة والأربعون): أن عقود الأمانات تنفسخ بمجرد التعدي.

وفي خصوص حق صاحب العمل في أن يعهد إلىٰ مقاول آخر بالعمل بعد استئذان القاضي، أو دون استئذانه في حالة الاستعجال: انظر قواعد ابن رجب (القاعدة الخامسة والسبعون). (مغني المحتاج ج 3/ ص 357).

مادة (650):

1- يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيدوه من مبانٍ أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرىٰ، وذلك ولو كان التهدم ناشئًا عن عيب في الأرض ذاتها، أو كان صاحب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة، ما لم يكن المتعاقدان في هذه الحالة قد أرادا أن تبقىٰ هذه المنشآت مدة أقل من عشر سنوات.

2- ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته.

3- وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسلم العمل.

4- ولا تسري هذه المادة علىٰ ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع علىٰ

المقاولين من الباطن.

هذه المادة تطابق المادة (651) من التقنين الحالي.

وتقابل المادة (870) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (788) من التقنين الأردني.

وتتفق مع المادة (692) من التقنين الكويتي.

انظر المذكرة الإيضاحية للنصوص المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 895 و896)، وكذلك تقرير لجنة الشئون التشريعية في مجلس النواب، في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 5/ ص 21 - 24).

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (608) من المجلة علىٰ أن: «تعدي الأجير هو أن يعمل عملًا أو يتحرك حركة مخالفين لأمر الآجر صراحة كان أو دلالة، مثلًا: لو أعطىٰ أحد قماشًا لخياط، وقال: إن خرج قباء فصله. وقال الخياط: يخرج وفصله، فإن لم يخرج قباء، له أن يضمن الخياط القماش».

ونصت المادة (611) علىٰ أن: «الأجير المشترك يضمن الضرر والخسار الذي تولد عن فعله وصنعه، إن كان بتعديه وتقصيره أو لم يكن».

ونصت المادة (617) من مجلة الأحكام الشرعية علىٰ أن: «من استأجر أجيرًا لبناء فبناه، ثم سقط البناء، فلا شيء علىٰ الأجير ولا تلزمه إعادته، لكن لو كان سقوطه بتفريطه كأن بناه محلولًا، فعليه إعادته ويغرم ما تلف به».

ونصت المادة (618) علىٰ أن: «من استأجر عاملًا لبناء أذرع معلومة فبنىٰ بعضها فسقط، فعليه إعادته وتمام الأذرع».

وجاء في بدائع الصنائع (ج 6/ 2649): «إذا كانت قاعدة الضمان عند ابن رشد تتألف من وجهين هما: التعدي أو المصلحة وحفظ المال، فإن للضمان سببين عند الكاساني، أولهما: الإتلاف، والثاني: العقد؛ لأن الأجير بالعقد السابق التزم الوفاء بالمعقود عليه، وذلك بالعمل المصلح، وقد خالف، والخلاف من أسباب وجوب الضمان».

وخلاصة ما ذكره هذان الفقيهان: أن شروط العقد ملزمة، وأن عمل الأجير مقيد بالمصلحة، وأن كل خروج علىٰ ذلك مما يخالف مصلحة صاحب العمل يشكل مخالفة أو تعديًا، فيضمن الأجير الخسار أو الضرر الناتج عن هذه المخالفة وذلك التعدي، ولا تخرج المادة المقترحة عن ذلك فيما قضت به من وجوب الضمان علىٰ المهندس المسئول عن التصميم والمقاول المسئول عن التنفيذ.

أما تقييد الضمان بمدة عشر سنوات، فسنده مراعاة المصلحة التي تقضي بألا يكون ضمان المهندس والمقاول إلىٰ الأبد، وللإمام أن يقيد هذا الضمان بما يراه محققًا للمصلحة؛ إذ القاعدة أن: «التصرف علىٰ الرعية منوط بالمصلحة» (م 58 من المجلة). وهذه المدة تكفي لاختبار صلابة المنشآت ومتانتها.

مادة (651): إذا اقتصر عمل المهندس المعماري علىٰ وضع التصميم دون الإشراف علىٰ التنفيذ، لم يكن مسئولًا إلا عن العيوب التي أتت من التصميم.

هذه المادة تتفق مع المادة (652) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ أنه: «إذا اقتصر المهندس المعماري علىٰ وضع التصميم دون أن يكلف الرقابة علىٰ التنفيذ، لم يكن مسئولًا إلا عن العيوب التي أتت من التصميم».

وقد أدخلت علىٰ هذه المادة تعديلات لفظية علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة.

والمادة المقترحة تقابل المادة (871) من التقنين العراقي التي تتفق مع المادة (897) من المشروع التمهيدي للتقنين المصري الحالي.

وتقابل المادة (789) من التقنين الأردني التي تتفق مع المادة (897) من المشروع التمهيدي للتقنين المصري الحالي.

وتقابل المادة (693) من التقنين الكويتي.

وفي الفقه الإسلامي يرجع في هذا الصدد إلىٰ النصوص والقواعد التي تقدم ذكرها في خصوص المادة السابقة، فالمهندس المعماري يجب عليه الضمان بالنسبة إلىٰ العمل الذي يضطلع به دون غيره.

مادة (652): يقع باطلًا كل شرط يخالف أحكام الضمان الواجب علىٰ المهندس المعماري والمقاول.

هذه المادة تقابل المادة (653) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ أنه: «يكون باطلًا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه».

وقد عدلت هذه المادة علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة، بحيث يكون الحكم شاملًا، فلا يجوز الاتفاق علىٰ ما يخالف أحكام الضمان الواجب علىٰ المهندس المعماري والمقاول، سواء كان ذلك بالتشديد أو التخفيف أو الإعفاء منه، فمثلًا: لا يجوز الاتفاق علىٰ ضمان المقاول أو المهندس للقوة القاهرة، أو علىٰ أن يبقىٰ الضمان لمدة تزيد علىٰ عشر سنوات، ولا يجوز اشتراط أن يقتصر الضمان علىٰ عيوب معينة، ولا يجوز أن يشترط المقاول أو المهندس براءة الذمة من الضمان عن جميع العيوب - حتىٰ الخفية منها - بمجرد تسلم صاحب العمل البناء، وهذا كله تطبيقًا للمادة (229) من المشروع التي لا تجيز الاتفاق علىٰ أن يتحمل المدين تبعة القوة القاهرة، أو علىٰ إعفائه من المسئولية المترتبة علىٰ عدم تنفيذ التزامه التعاقدي؛ إذ إن مثل هذا الاتفاق ينافي مقتضىٰ العقد.

ونصوص الفقه الإسلامي زاخرة بتطبيقات لهذا الحكم في مختلف العقود، كما هو واضح مما تقدم ذكره بالنسبة إلىٰ كل عقد، وقد نصت المادة (483) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك علىٰ أنه: «إذا شرط الصانع علىٰ المصنوع نفي الضمان عنه، فلا يعمل بهذا الشرط ويفسد به عقد الإجارة ما لم يسقطه قبل انتهاء عمل الإجارة». وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذا النص أنه لم يعمل باشتراط الصانع نفي الضمان عنه، وكان مفسدًا لعقد الإجارة؛ لأنه شرط مناقض لمقتضىٰ العقد وهو الضمان، فإن أسقطه المشترط قبل انتهاء العمل صح العقد؛ لأن فساده كان معلقًا في المعنىٰ علىٰ استمرار وجود الشرط (الشرح الصغير ج 2/ ص 306)، و(الشرح الكبير وحاشيته ج 4/ ص 26).

ويلاحظ أنه في ظل التقنين الحالي لا تعتبر أحكام الضمان بوجه عام من النظام

العام، فيجوز الاتفاق علىٰ ما يخالفها، سواء بالتشديد أو التخفيف أو الإعفاء، ولهذا جاء نص المادة (653) من هذا التقنين استثناءً من هذا الحكم العام، وهو استثناء يقتصر علىٰ عدم جواز التخفيف أو الإعفاء من الضمان الواجب علىٰ المهندس المعماري والمقاول. أما في المشروع فلسنا بصدد استثناء قاصر علىٰ عدم جواز التخفيف أو الإعفاء من الضمان الواجب علىٰ المهندس المعماري والمقاول، وإنما نحن بصدد تطبيق لحكم عام يحرم تعديل أحكام الضمان، سواء كان ذلك بالتشديد أو التخفيف أو الإعفاء؛ لأن هذا التعديل ينافي مقتضىٰ العقد.

والمادة المقترحة تقابل ما جاء في المادة 870/ 1 من التقنين العراقي، الذي يتفق مع المادة (653) من التقنين المصري الحالي.

وتقابل المادة (790) من التقنين الأردني التي تطابق المادة (653) من التقنين المصري الحالي.

وتقابل المادة (697) من التقنين الكويتي التي تتفق مع المادة (653) من التقنين المصري الحالي.

مادة (653): لا تسمع دعوىٰ الضمان ضد المهندس أو المقاول بعد انقضاء ثلاث سنوات من وقت حصول التهدم أو انكشاف العيب.

هذه المادة تقابل المادة (654) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ أن: «تسقط دعاوىٰ الضمان المتقدمة بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حصول التهدم أو انكشاف العيب».

وقد عدلت هذه المادة بالأخذ بمبدأ عدم سماع الدعوىٰ الذي يقول به الفقه الإسلامي، بدلًا من مبدأ سقوط الدعوىٰ بالتقادم الذي يأخذ به التقنين الحالي، وذلك وفقًا للخطة التي جرىٰ عليها المشروع في هذا الصدد، كما أضيف ما يفيد أن دعوىٰ الضمان هي تلك التي تكون ضد المهندس أو المقاول، بدلًا من الاكتفاء بالإشارة إلىٰ الدعاوىٰ المتقدمة.

انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 900) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 5/ ص 31).

والمادة المقترحة تقابل ما جاء في المادة 870/ 1 من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (791) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (696) من التقنين الكويتي.

والسند الشرعي للمادة المقترحة: هو أن للإمام الحق في تخصيص ولاية القضاء بما يراه محققًا للمصلحة؛ إذ القاعدة أن: «التصرف علىٰ الرعية منوط بالمصلحة» (م 58 من المجلة).

2 - التزامات صاحب العمل:

مادة (654): متىٰ أتم المقاول العمل ووضعه تحت تصرف صاحب العمل، وجب علىٰ هذا أن يبادر إلىٰ تسلمه في أقرب وقت ممكن بحسب الجاري في المعاملات، فإذا امتنع دون سبب مشروع عن التسلم رغم دعوته إلىٰ ذلك بإنذار رسمي، اعتبر أن العمل قد سلم إليه.

هذه المادة تطابق المادة (655) من التقنين الحالي.

وتتفق مع المادة 873/ 1 من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (792) من التقنين الأردني.

وتتفق مع المادة (672) من التقنين الكويتي.

انظر المادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 872) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 5/ ص 33).

وما تقضي به المادة المقترحة يتفق مع ما يقرره الفقه الإسلامي:

فقد نصت المادة (392) من المجلة علىٰ أنه: «إذا انعقد الاستصناع فليس لأحد العاقدين الرجوع، وإذا لم يكن المصنوع علىٰ الأوصاف المطلوبة المبينة كان المستصنع مخيرًا».

ونصت المادة (482) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك علىٰ أنه: «إذا أحضر الصانع الشيء المصنوع لربه بعد أن صنعه علىٰ الصفة المشروطة، فتركه ربه عنده، وادعىٰ ضياعه - فلا ضمان عليه، وله أجرته» (الشرح الصغير وحاشيته ج 2/

ص 306)، (الشرح الكبير ج 4 / ص26).

مادة (655): يستحق دفع الأجرة عند تسلم العمل، إلا إذا قضىٰ الاتفاق أو العرف بغير ذلك.

هذه المادة تتفق مع المادة (656) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «يستحق دفع الأجرة عند تسلم العمل، إلا إذا قضىٰ العرف أو الاتفاق بغير ذلك».

وقد عدلت هذه المادة بذكر الاتفاق قبل العرف؛ لأن أول ما يرجع إليه في هذا الصدد هو الاتفاق، فإذا لم يوجد اتفاق علىٰ ميعاد معين لدفع الأجرة، وكان هناك عرف يحدد هذا الميعاد - وجب اتباع ما يقضي به العرف.

وإذا لم يوجد اتفاق ولا عرف، فإن الأجرة تدفع مؤخرًا لا مقدمًا، وعند تسلم العمل، وهذا الحكم يخالف القواعد العامة، ولكنه حكم تقضيه طبيعة عقد المقاولة؛ ذلك أن المقاول يتعهد بإنجاز عمل معين في مقابل أجر، فمن الطبيعي ألا يستحق الأجر إلا بعد إنجاز العمل وتقبل صاحب العمل إياه، وفي هذا يتفق عقد المقاولة مع عقد الإيجار، فإذا لم يوجد اتفاق ولا عرف في خصوص ميعاد دفع الأجرة في عقد الإيجار، فإن الأجرة تدفع مؤخرًا لا مقدمًا؛ إذ الأجرة تقابل المنفعة فلا تستحق إلا باستيفائها».

ويتفق حكم المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الإسلامي في هذا الصدد:

فقد نصت المادة (610) من مرشد الحيران علىٰ أنه: «ليس للصانع أو المقاول أن يطلب شيئًا من الأجرة المتفق عليها إلا بعد تمام العمل وتسليمه لصاحبه، ولو عجل له صاحب العمل الأجرة أو شيئًا منها - جاز، إنما إذا كانت العمارة ونحوها جارية في المنزل الساكن به صاحب العمل - جاز للصانع أو المقاول أن يطلب الأجر عن القدر الذي عمله، ويجبر علىٰ تمام الباقي، وهذا كله عند عدم الشرط».

ونصت المادة (391) من المجلة علىٰ أنه: «لا يلزم في الاستصناع دفع الثمن حالًا، أي: وقت العقد».

ونصت المادة (263) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة علىٰ أنه: «لايكون للأجير - الذي لعمله أثر - طلب الأجر قبل التسليم، إن عمل

في غير بيت المستأجر، ولا يضمن إن سرق بعد تمام العمل».

وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة ما يأتي: لا يكون لمن لعمله أثر - كالخباز مثلًا - طلب الأجر للخبز قبل التسليم إن كان الخبز في غير بيت المستأجر، سواء أكان في بيت الخباز أو لا، ولم يسلم الخبز إلىٰ المستأجر لاحتراقه أو سرقته مثلًا، فكان عدم الأجر لعدم التسليم حقيقة، يعني: أنه حيث لم يكن في بيت المستأجر، ولم يوجد التسليم الحكمي، فلا بد من التسليم الحقيقي، ولم يوجد أيضًا، فلذا لم يجب الأجر، ولا يضمن الخباز الخبز لو سرق؛ لأنه في يده أمانة... (ابن عابدين ج 4/ ص 13)، (مجمع الأنهر ج 2/ ص 373).

ونصت المادة (265) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة علىٰ أنه: «يجب الأجر للصانع تبعًا للعرف، فإن أفسد المصنوع أو أتلفه فهو ضامن».

وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة ما يأتي: «إذا اتفق المستأجر والصانع علىٰ نوع العمل ومقدار الأجر - اتبع الشرط، وإن لم يتفقا اتبع العرف، فمثلًا: للطباخ للوليمة طلب الأجر بعد الغرف؛ للعرف، فلو لأهل بيته فلا عرف عليه إن جرىٰ بذلك العرف، وعليه تسوية الخوان، فإن أفسد الطعام أو أحرقه أو لم ينضجه فهو ضامن... (ابن عابدين ج 5/ ص 13)، (مجمع الأنهر ج 2/ ص 373).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (876) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (793) من التقنين الأردني.

وتتفق مع المادة (676) من التقنين الكويتي.

مادة (656):

1- إذا أبرم عقد المقاولة بمقتضىٰ مقايسة علىٰ أساس سعر الوحدة، وتبين في أثناء العمل أن من الضروري لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المقايسة المقدرة مجاوزة محسوسة، وجب علىٰ المقاول أن يخطر في الحال صاحب العمل بذلك، مبينًا مقدار ما يتوقعه من زيادة في كم المقايسة، وما يستتبع ذلك من زيادة في الأجر،

فإن لم يفعل فلاحق له في طلب ما جاوز به قيمة المقايسة من نفقات.

2- فإذا كانت المجاوزة التي يقتضيها تنفيذ التصميم جسيمة، جاز لصاحب العمل أن ينهي العقد ويوقف التنفيذ، علىٰ أن يكون ذلك دون إبطاء، مع إيفاء المقاول قيمة ما أنجزه من الأعمال مقدرة وفقًا لشروط العقد، دون أن يعوضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل.

هذه المادة تتفق مع المادة (657) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- إذا أبرم عقد بمقتضىٰ مقايسة علىٰ أساس الوحدة، وتبين في أثناء العمل أن من الضروري لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المقايسة المقدرة مجاوزة محسوسة - وجب علىٰ المقاول أن يخطر في الحال رب العمل بذلك مبينًا مقدار ما يتوقعه من زيادة في الثمن، فإن لم يفعل سقط حقه في استرداد ما جاء به قيمة المقايسة من نفقات.

2- فإذا كانت المجاوزة التي يقتضيها تنفيذ التصميم جسيمة، جاز لرب العمل أن يتحلل من العقد ويوقف التنفيذ، علىٰ أن يكون ذلك دون إبطاء، مع إيفاء المقاول قيمة ما أنجزه من الأعمال مقدرة وفقًا لشروط العقد، دون أن يعوضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل».

وقد عدلت الفقرة الأولىٰ من هذه المادة علىٰ نحو يتضح منه أن مجاوزة المقايسة مجاوزة محسوسة، يقصد بها مجاوزة كميات الأعمال المقدرة في المقايسة لا مجاوزة أسعارها؛ إذ إن الزيادة في الأسعار لا يعتد بها، حيث تكون العبرة بالأسعار الواردة في المقايسة، وذلك ما لم تصل هذه الزيادة إلىٰ الحد الذي تنطبق فيه نظرية الظروف الطارئة.

كذلك أدخلت علىٰ هذه الفقرة تعديلات لفظية علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة.

أما الفقرة الثانية فقد استبدلت فيها عبارة «أن ينهي العقد» بعبارة «أن يتحلل من العقد»، وذلك لتكييف تحلل صاحب العمل من المقاولة.

انظر: تقرير لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب، وكذلك تقرير لجنة القانون

المدني بمجلس الشيوخ في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 5/ ص39 و40).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (879) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (794) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (689) من التقنين الكويتي.

والسند الشرعي للمادة المقترحة ما جاء في الحديث الشريف: «المسلمون عند شروطهم»، فإذا كان هناك وجه لمجاوزة المقايسة مجاوزة محسوسة، وجب علىٰ المقاول إخطار صاحب العمل بهذه المجاوزة؛ حتىٰ يكون له الحق في طلب ما يقابل الزيادة في المقايسة من أجر.

وإذا كانت المجاوزة جسيمة، فإن صاحب العمل يكون بالخيار بين أمرين: فإما أن يبقىٰ مقيدًا بالمقاولة مع زيادة مناسبة في الأجر، وإما أن ينهي العقد.

وفي خصوص حق المقاول في قيمة ما أنجزه من الأعمال في حالة إنهاء المقاولة من جانب صاحب العمل، نصت المادة (349) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة علىٰ أنه: «إذا استأجر شخصًا لعمل لا يتضرر بالتجزئة، فأتم جزءًا منه استحق الأجر بحسابه». (ابن عابدين ج 5/ ص 79).

مادة (657):

1- إذا أبرم عقد المقاولة بأجر إجمالي علىٰ أساس تصميم اتفق عليه مع صاحب العمل، فليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة في الأجر، ولو حدث في هذا التصميم تعديل أو إضافة، إلا أن يكون ذلك راجعًا إلىٰ فعل صاحب العمل، أو يكون مأذونًا به منه، واتفق مع المقاول علىٰ أجره.

2- ويجب أن يكون الاتفاق علىٰ التعديل في التصميم، وعلىٰ مقدار الزيادة في الأجر ثابتًا بالكتابة، إلا إذا كان العقد الأصلي ذاته قد اتفق عليه مشافهة.

3- وليس للمقاول إذا ارتفعت أسعار المواد الأولية وأجور الأيدي العاملة أو غيرها من التكاليف، أن يستند إلىٰ ذلك ليطلب زيادة في الأجر.

4- علىٰ أنه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات صاحب العمل والتزامات

المقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، وتداعىٰ بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة - جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر أو يفسخ العقد».

هذه المادة تتفق مع المادة (658) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- إذا أبرم العقد بأجر إجمالي علىٰ أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل، فليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة في الأجر ولو حدث في هذا التصميم تعديل أو إضافة، إلا أن يكون ذلك راجعًا إلىٰ خطأ من رب العمل، أو يكون مأذونًا به منه واتفق مع المقاول علىٰ أجره.

2- ويجب أن يحصل هذا الاتفاق كتابة، إلا إذا كان العقد الأصلي ذاته قد اتفق عليه مشافهة.

3- وليس للمقاول، إذا ارتفعت أسعار المواد الأولية وأجور الأيدي العاملة أو غيرها من التكاليف، أن يستند إلىٰ ذلك ليطلب زيادة في الأجر، ولو بلغ هذا الارتفاع حدًّا يجعل تنفيذ العقد عسيرًا.

4- علىٰ أنه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، وتداعىٰ بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة - جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر أو يفسخ العقد».

وقد أدخلت على هذه المادة تعديلات أريد بها إيضاح الحكم:

ففي الفقرة الأولىٰ: استبدلت عبارة «فعل صاحب العمل» بعبارة «خطأ من رب العمل»؛ لأن الحكم ينطبق ولو كان الفعل المنسوب إلىٰ صاحب العمل ليس خطأً.

وفي الفقرة الثانية: عدلت العبارة الأولىٰ بحيث يتضح أن الكتابة المطلوبة للإثبات تشترط - سواء في إثبات الاتفاق علىٰ التعديل في التصميم، أو في إثبات الاتفاق علىٰ مقدار الزيادة في الأجر؛ إذ إن ظاهر النص الحالي يوهم أن اشتراط الكتابة مقصور علىٰ الاتفاق علىٰ مقدار الزيادة في الأجر دون الاتفاق علىٰ التعديل ذاته.

وفي الفقرة الثالثة: حذفت العبارة الأخيرة التي تقول: «ولو بلغ هذا الارتفاع حدًّا يجعل تنفيذ العقد عسيرًا»؛ حيث لا لزوم لها لبيان الحكم، وقد يثير وجودها فكرة استبعاد تطبيق نظرية الظروف الطارئة، مع أن الفقرة الرابعة تعتبر تطبيقًا لهذه النظرية، وإن اختلف الجزاء فيهما.

وفي الفقرة الرابعة: أدخل تعديل لفظي على النحو الوارد في المادة المقترحة.

انظر: تقرير لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب، وتقرير لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 5/ ص 43 و44).

والمادة المقترحة تتفق مع المادتين (877 و878) من التقنين العراقي اللتين تطابقان المادة (879) من المشروع التمهيدي للتقنين المصري الحالي.

والفقرة الأولى منها تتفق مع المادة (690) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (795) من التقنين الأردني.

وما تقضي به المادة المقترحة يتفق مع ما يقرره الفقه الإسلامي:

فحكم الفقرة الأولى منها يتفق مع الأصول الشرعية القاضية بوجوب الوفاء بالعقود، فلا يجوز للمقاول أن يطالب بزيادة في الأجر، إلا إذا كان ذلك بناءً على اتفاق سابق مع صاحب العمل، أو كان راجعًا إلى فعل منسوب إلى صاحب العمل.

وحكم الفقرة الثانية تنهض به القاعدة الشرعية، التي تدعو إلى توثيق العقود قطعًا للنزاع، فقد جاء في الآية الكريمة: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ﴾ [سورة البقرة: 282].

وحكم الفقرة الثالثة شأنه شأن الفقرة الأولى، وقد نصت المادة (608) من مرشد الحيران على أنه: «لا يجوز للصانع الذي التزم عملًا بالمقاولة أن يطلب بعد العقد زيادة عن الأجر المسمى، كما لا يجوز لصاحب العمل أن يطلب تنقيص شيء منه».

وحكم الفقرة الرابعة يستند شرعًا إلى أن القاضي مكلف برفع الضرر، فهو على هذا الأساس يستطيع أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد، ما دام أن هناك عذرًا يبرر ذلك لمصلحة المقاول.

وقد نصت المادة (606) من مرشد الحيران علىٰ أنه: «يفسخ استئجار الصانع بوجود عذر معتبر يمنعه عن العمل».

مادة (658): إذا لم يحدد الأجر سلفًا، وجب الرجوع في تحديده إلىٰ قيمة العمل ونفقات المقاول.

هذه المادة تطابق المادة (659) من التقنين الحالي.

وتتفق مع المادة (880) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (796) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (678) من التقنين الكويتي.

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (564) من المجلة علىٰ أنه: «لو قال أحد لآخر: اعمل هذا العمل أكرمك. ولم يبين مقدار ما يكرمه به، فعمل العمل المأمور به - استحق أجر المثل».

ونصت المادة (297) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة علىٰ أن: «العبرة فيما لا يسمىٰ فيه الأجر للعادة والعرف».

ونصت المادة (702) من مجلة الأحكام الشرعية علىٰ أن: «من استعمل صانعًا في عمل، أو استخدم من انتصب ليعمل للناس بأجر دون تسمية أجره - لزمه أجرة المثل مطلقًا».

مادة (659):

1- يستحق المهندس المعماري أجرًا مستقلًّا علىٰ وضع التصميم وعمل المقايسة، وأجرًا آخر علىٰ إدارة الأعمال والإشراف علىٰ التنفيذ.

2- فإذا لم يحدد العقد هذه الأجور، وجب تقديرها وفقًا للعرف الجاري.

3- غير أنه إذا لم يتم العمل بمقتضىٰ التصميم الذي وضعه المهندس، وجب تقدير الأجر بحسب الزمن الذي استغرقه وضع التصميم، مع مراعاة طبيعة هذا العمل.

هذه المادة تطابق المادة (660) من التقنين الحالي، فيما عدا تعديلًا لفظيًّا في الفقرة الأولىٰ باستبدال كلمة «علىٰ» بكلمة «عن»، وإضافة عبارة «والإشراف علىٰ التنفيذ» في نهايتها.

وهي تتفق مع المادة (881) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (797) من التقنين الأردني.

وما تقضي به المادة المقترحة يتفق مع ما يقرره الفقه الإسلامي:

ففي خصوص الفقرة الأولىٰ من هذه المادة، نصت المادة (604) من مرشد الحيران علىٰ أنه: «إذا عمل المهندس رسمًا أو مقايسة أو باشر إدارة العمارة بأمر صاحبها، وكان قد سمىٰ له أجرة علىٰ ذلك، فله الأجر المسمىٰ».

وفي خصوص الفقرة الثانية: نصت المادة (605) من مرشد الحيران علىٰ أنه: «إذا لم يعين صاحب العمل أجرة للمهندسين علىٰ عمله، يكون له أجر المثل مقدرًا علىٰ حسب العرف والزمن الذي استغرقه في عمله».

وفي خصوص الفقرة الثالثة: فإن حكمها يتفق مع ما يقضي به العرف.

وقد نصت المادة (43) من المجلة علىٰ أن: «المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا».

ونصت المادة (45) علىٰ أن: «التعيين بالعرف كالتعيين بالنص».

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة: بأن العرف قد جرىٰ بإعطاء المهندس الذي لم ينفذ تصميمه خمس الأتعاب التي كان يأخذها لو أن تصميمه قد نفذ. (استئناف مختلط في 2 ديسمبر سنة 1937، مجموعة التشريع والقضاء المختلط (50/ ص 35).

3 – المقاولة من الباطن:

مادة (660):

1- يجوز للمقاول أن يقاول من الباطن في كل العمل، أو في جزء منه، إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد، أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد علىٰ كفايته الشخصية.

2- ولكن يبقىٰ المقاول في هذه الحالة مسئولًا عن المقاول من الباطن نحو صاحب

العمل.

هذه المادة تتفق مع المادة (661) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- يجوز للمقاول أن يوكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلىٰ مقاول من الباطن، إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد، أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد علىٰ كفايته الشخصية.

2- ولكنه يبقىٰ في هذه الحالة مسئولًا عن المقاول من الباطن قبل رب العمل».

وقد أدخلت علىٰ هذه المادة تعديلات لفظية علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة.

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (882) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (798) من التقنين الأردني.

وتتفق مع المادة (681) من التقنين الكويتي.

وما تقضي به المادة المقترحة يتفق مع ما يقرره الفقه الإسلامي:

فقد نصت المادة (571) من المجلة علىٰ أن: «الأجير الذي استؤجر علىٰ أن يعمل بنفسه ليس له أن يستعمل غيره، مثلًا: لو أعطىٰ أحد جبة لخياط علىٰ أن يخيطها بنفسه بكذا درهم، فليس للخياط أن يخيطها بغيره، وإن خاطها بغيره وتلفت فهو ضامن».

ونصت المادة (572) علىٰ أنه: «لو أطلق العقد حين الاستئجار، فللأجير أن يستعمل غيره».

ونصت المادة (573) علىٰ أن: «قول المستأجر للأجير: اعمل هذا الشغل. إطلاق، مثلًا: لو قال أحد للخياط: خط هذه الجبة بكذا درهمًا. من دون تقييد بقوله: خطها بنفسك. أو: بالذات. وخاطها الخياط بخليفته أو خياط آخر يستحق الأجر المسمىٰ، وإن تلفت الجبة بلا تعدٍّ - لا يضمن».

ونصت المادة (607) من مرشد الحيران علىٰ أنه: «لا يجوز للصانع أو المقاول الذي التزم في العقد العمل بنفسه أن يستعمل غيره، وإذا كان العقد مطلقًا، جاز له أن يستأجر أو يقاول غيره علىٰ العمل كله أو بعضه، ويكون ضامنًا لما هلك في يد من استأجره أو قاوله».

انظر في هذا المعنىٰ أيضًا: المادتين (271 و272) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة، ومذكرتهما الإيضاحيتين. وراجع: ابن عابدين (ج 5/ ص 15)، (مجمع الأنهر ج 2/ ص 374).

مادة (661):

1- يكون للمقاول من الباطن وللعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل حق مطالبة صاحب العمل مباشرة بما لا يجاوز القدر الذي يكون مدينًا به للمقاول الأصلي من وقت رفع الدعوىٰ، ويكون لعمال المقاول من الباطن مثل هذا نحو كل من المقاول الأصلي وصاحب العمل.

2- ولهم في حالة توقيع الحجز من أحدهم تحت يد صاحب العمل أو المقاول الأصلي امتياز علىٰ المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي أو للمقاول من الباطن وقت توقيع الحجز، ويكون الامتياز لكل منهم بنسبة حقه، ويجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة.

3- وحقوق المقاول من الباطن والعمال المقررة بمقتضىٰ هذه المادة مقدمة علىٰ حقوق من ينزل له المقاول عن حقه قبل صاحب العمل.

هذه المادة تطابق المادة (662) من التقنين الحالي مع تعديل لفظي بسيط.

وتتفق مع المادة (882) من التقنين العراقي.

والفقرتان الأولىٰ والثانية منها تتفقان مع المادتين 682 و683 من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (799) من التقنين الأردني.

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (609) من مرشد الحيران علىٰ أنه: «ليس للصانع أو المقاول الثاني أن يطالب صاحب العمل بشيء مما يستحقه الأجير أو المقاول الأول، إلا إذا وكله أو أحاله علىٰ صاحب العمل».

❊ ❊ ❊

(3) انتهاء عقد المقاولة

مادة (662):

1- لصاحب العمل أن ينهي العقد ويوقف التنفيذ في أي وقت قبل إتمامه، علىٰ أن يعوض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال، وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل.

2- علىٰ أنه يجوز للمحكمة أن تخفض التعويض المستحق عما فات المقاول من كسب إذا كانت الظروف تجعل هذا التخفيض عادلًا، ويتعين عليها بوجه خاص أن تنقص منه ما يكون المقاول قد اقتصده من جراء إنهاء العقد، وما يكون قد كسبه باستخدام وقته في أمر آخر.

هذه المادة تتفق مع المادة (663) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- لرب العمل أن يتحلل من العقد، ويوقف التنفيذ في أي وقت قبل إتمامه، علىٰ أن يعرض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال، وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل.

2- علىٰ أنه يجوز للمحكمة أن تخفض التعويض المستحق عما فات المقاول من كسب إذا كانت الظروف تجعل هذا التخفيض عادلًا، ويتعين عليها بوجه خاص أن تنقص منه ما يكون المقاول قد اقتصده من جراء تحلل رب العمل من العقد، وما يكون قد كسبه باستخدام وقته في أمر آخر».

وقد أدخل علىٰ الفقرة الأولىٰ من هذه المادة تعديل لفظي، واستبدلت عبارة «أن ينهي العقد» بعبارة «أن يتحلل من العقد» لتكييف هذا التحلل.

كذلك أدخل علىٰ الفقرة الثانية تعديل لفظي باستبدال عبارة «من جراء إنهاء العقد» بعبارة «من جراء تحلل رب العمل من العقد».

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (885) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (688) من التقنين الكويتي.

وما تقضي به المادة المقترحة يتفق مع المبادئ التي يقرها الفقه الإسلامي:

فالفقرة الأولىٰ منها تستند في الأساس إلىٰ المبدأ الذي جاء في قوله تعالىٰ: ﴿أَوۡفُواْ

بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾ [سورة المائدة: 1]، فإذا كانت لصاحب العمل مصلحة في أن يرجع في المقاولة فله ذلك، ولكن بشرط أن يعوض المقاول تعويضًا كاملًا عن كل ما قام به، وما فاته بسبب عدم المضي في المقاولة إلىٰ نهايتها، وفي هذه الحالة لا تكون للمقاول مصلحة في أن يتمسك بإتمام المقاولة، فهذا الحل ليس إلا تطبيقًا للمبدأ العام المذكور بما يساير طبيعة عقد المقاولة بالنسبة إلىٰ المقاول.

وقد جاء في قواعد ابن رجب (القاعدة الستون ص 111) أن: التفاسخ في العقود الجائزة متىٰ تضمن ضررًا علىٰ أحد المتعاقدين أو غيرهما ممن له تعلق بالعقد - لم يجز ولم ينفذ، إلا أن يمكن استدراك الضرر بضمان أو نحوه، فيجوز علىٰ ذلك الوجه.

أما الفقرة الثانية: فإنها تستند إلىٰ مبدأ استدراك الضرر المذكور الآن، حيث يكون التعويض بقدر الضرر، فإذا كان هناك وجه لتخفيض التعويض الذي تقضي به الفقرة الأولىٰ، نظرًا إلىٰ ما استفاده المقاول من جراء إنهاء العقد - وجب هذا التخفيض.

مادة (663): ينفسخ عقد المقاولة باستحالة تنفيذ العمل المعقود عليه.

هذه المادة تتفق مع المادة (664) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «ينقضي عقد المقاولة باستحالة تنفيذ العمل المعقود عليه».

وقد استبدلت في هذا النص كلمة: «ينفسخ» بكلمة: «ينقضي» تحريًا للدقة في التعبير.

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (886) من التقنين العراقي التي تطابق نص المشروع النهائي للتقنين المصري الحالي.

وتتفق مع المادة (801) من التقنين الأردني.

وتتفق مع المادة (685) من التقنين الأردني.

وتتفق مع ما يقرره الفقه الإسلامي في هذا الصدد، فقد نصت المادة (606) من مرشد الحيران علىٰ أن: «يفسخ استئجار الصانع بوجود عذر معتبر يمنعه من العمل».

مادة (664):

1- إذا هلك الشيء بقوة قاهرة قبل تسليمه لصاحب العمل، فليس للمقاول أن

يطالب بأجر عمله ولا بما أنفقه فيه، ويكون هلاك المادة علىٰ من قام بتوريدها من الطرفين.

2- أما إذا كان المقاول قد أعذر أن يسلم الشيء، أو كان هلاك الشيء أو تلفه قبل التسليم راجعًا إلىٰ خطأ منه، وجب عليه أن يعوض صاحب العمل عما يكون هذا قد ورده من مادة العمل.

3- فإذا كان صاحب العمل هو الذي أعذر أن يتسلم الشيء، أو كان هلاك الشيء أو تلفه راجعًا إلىٰ خطأ منه، أو إلىٰ عيب في المادة التي قام بتوريدها - كان هلاك المادة عليه، وكان للمقاول الحق في الأجر وفي التعويض عند الاقتضاء.

الفقرة الأولىٰ من هذه المادة تتفق مع الفقرة الأولىٰ من المادة (665) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «إذا هلك الشيء بسبب حادث مفاجئ قبل تسليمه لرب العمل، فليس للمقاول أن يطالب لا بثمن عمله ولا برد نفقاته، ويكون هلاك المادة علىٰ من قام بتوريدها من الطرفين».

وقد استبدلت في هذه الفقرة عبارة: «بقوة قاهرة» بعبارة: «بسبب حادث مفاجئ»؛ لأن الحادث المفاجئ من قبيل القوة القاهرة، واستبدلت عبارة: «أن يطالب بأجر عمله ولا بما أنفقه فيه» بعبارة: «أن يطالب لا بثمن عمله ولا برد نفقاته».

أما الفقرتان الثانية والثالثة من المادة المقترحة فتطابقان الفقرتين الثانية والثالثة من المادة (665) من التقنين الحالي.

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (887) من التقنين العراقي.

وتقابل المادتين (669 و670) من التقنين الكويتي.

وأحكام المادة المقترحة تتفق مع ما يقرره الفقه الإسلامي:

ففي خصوص عدم استحقاق المقاول للأجر إذا هلك الشيء قبل تسليمه، نصت المادة (611) من مرشد الحيران علىٰ أنه: «إذا تلف العمل المقاول عليه قبل تسليمه لصاحب العمل، فلا أجر للصانع».

وجاء في بدائع الصنائع (ج 6/ فقرة 2635) «ذكر ابن سماعة عن محمد في رجل

دفع ثوبًا إلىٰ خياط يخيطه بدرهم فمضىٰ فخاطه، ثم جاء رجل فنتفه قبل أن يقبضه رب الثوب، فلا أجر للخياط؛ لأن المنافع هلكت قبل التسليم فسقط بدلها».

وفي خصوص هلاك المادة علىٰ من قام بتوريدها من الطرفين إذا كان المقاول هو الذي قدم المادة، فانتقلت ملكيتها بعد صنعها إلىٰ صاحب العمل، فإنه يكون بمثابة بائع لها، فيتحمل تبعة هلاكها بقوة قاهرة قبل التسليم.

وإذا كان صاحب العمل هو الذي قدم المادة، فإنه يتحمل تبعة هلاكها بقوة قاهرة قبل التسليم، وفي هذا المعنىٰ نصت المادة (612) من مرشد الحيران علىٰ أن: «الأجير الخاص أمين، فإن هلك الشيء في يده بدون تعديه أو تقصيره أو إهماله، فلا ضمان عليه».

ونصت المادة (613) علىٰ أن: «الأجير المشترك ضامن للشيء إن هلك في يده بصنعه، وإن هلك بلا صنعه فلا ضمان عليه إن كان هلاكه بأمر لا يمكن التحرز منه وإلا ضمن».

وفي خصوص تضمين المقاول إذا هلك الشيء بخطأ منه، أو ما يعدل الخطأ بأن يعذر صاحب العمل المقاول أن يسلم الشيء فلا يسلمه، انظر المادتين (612، 613) من مرشد الحيران المذكورتين، وقد نصت المادة (265) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة علىٰ أنه: «يجب الأجر للصانع تبعًا للعرف، فإن أفسد المصنوع أو أتلفه فهو ضامن».

وفي خصوص هلاك الشيء علىٰ صاحب العمل إذا كان الهلاك بخطأ منه، أو ما يعدل الخطأ بأن يعذر المقاول صاحب العمل أن يتسلم الشيء فلا يتسلمه، أو كان الهلاك راجعًا إلىٰ عيب في المادة التي قام بتوريدها، وكذلك استحقاق المقاول للأجر والتعويض، فإن هذا يستفاد ضمنًا من المادتين (612 و613) من مرشد الحيران المذكورتين.

مادة (665): ينفسخ عقد المقاولة بموت المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد، فإن لم تكن هذه المؤهلات محل اعتبار، فلا ينتهي العقد من

تلقاء ذاته، ولا يجوز لصاحب العمل إنهاؤه في غير الحالات التي تطبق فيها المادة (662) إلا إذا لم تتوافر في ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل.

هذه المادة تتفق مع المادة (666) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «ينقضي عقد المقاولة بموت المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد، فإن لم تكن محل اعتبار، فلا ينتهي العقد من تلقاء نفسه، ولا يجوز لرب العمل فسخه في غير الحالات التي تطبق فيها المادة (663)، إلا إذا لم تتوافر في ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل».

وقد أدخلت علىٰ هذه المادة تعديلات لفظية علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة، تحريًا للدقة في التعبير.

انظر المادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 887) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 5/ ص 63 و64).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (888) من التقنين العراقي التي تطابق المادة (887) من المشروع التمهيدي للتقنين المصري الحالي.

وتتفق مع المادة (804 / 1 و2) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (686) من التقنين الكويتي.

وفي الفقه الإسلامي ينفسخ عقد المقاولة بموت المقاول في جميع الحالات، فقد نصت المادة (606) من مرشد الحيران علىٰ أن: «يفسخ استئجار الصانع بوجود عذر معتبر يمنعه عن العمل، ولا ينفسخ ما لم يفسخ، وإذا مات انفسخ بموته بلا حاجة إلىٰ الفسخ».

كما يصح قياس انتهاء المقاولة بموت المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد علىٰ انفساخ الإجارة بموت الظئر؛ إذ إن المؤهلات الشخصية للظئر تكون محل اعتبار، فقد نصت المادة (601) من مرشد الحيران علىٰ أنه: «إذا ماتت الظئر أو مات رضيعها انفسخت الإجارة، ولا تنفسخ بموت والد الرضيع».

مادة (666):

1- إذا انتهىٰ عقد المقاولة بموت المقاول، وجب علىٰ صاحب العمل أن يدفع للتركة قيمة ما تم من الأعمال وما أنفق لتنفيذ ما لم يتم، وذلك بقدر النفع الذي يعود عليه من هذه الأعمال والنفقات.

2- ويجوز لصاحب العمل في نظير ذلك أن يطالب بتسليم المواد التي تم إعدادها والرسوم التي بدئ في تنفيذها.

3- وتسري هذه الأحكام كذلك إذا أصبح المقاول عاجزًا عن البدء في العمل أو إتمامه لسبب لا يد له فيه.

هذه المادة تتفق مع المادة (667) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- إذا انقضىٰ العقد بموت المقاول، وجب علىٰ رب العمل أن يدفع للتركة قيمة ما تم من الأعمال، وما أنفق لتنفيذ ما لم يتم، وذلك بقدر النفع الذي يعود عليه من هذه الأعمال والنفقات.

1- ويجوز لرب العمل في نظير ذلك أن يطالب بتسليم المواد التي تم إعدادها، والرسوم التي بدئ في تنفيذها، علىٰ أن يدفع عنها تعويضًا عادلًا.

2- وتسري هذه الأحكام أيضًا إذا بدأ المقاول في تنفيذ العمل، ثم أصبح عاجزًا عن إتمامه لسبب لا يد له فيه».

وقد أدخلت على هذه المادة التعديلات الآتية:

(1) أدخلت تعديلات لفظية علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة.

(2) حذفت العبارة الواردة في نهاية الفقرة الثانية، وهي التي تقول: «علىٰ أن يدفع عنها تعويضًا عدلًا». إذ إن التعويض مذكور علىٰ نحو مفصل في الفقرة الأولىٰ.

(3) عدلت صياغة الفقرة الثالثة علىٰ نحو يتضح منه أنه يستوي لسريان الحكم أن يكون المقاول قد أصبح عاجزًا بعد إبرام المقاولة وقبل البدء في تنفيذ العمل، أو يكون قد بدأ في تنفيذ العمل ثم أصبح عاجزًا.

انظر المادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 888) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 5/ ص 66).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (889) من التقنين العراقي التي تطابق المادة (888) من المشروع التمهيدي للتقنين المصري الحالي.

وتتفق مع المادتين (802 و804/ 3) من التقنين الأردني.

وتتفق مع المادة (687) من التقنين الكويتي.

ويتفق حكم الفقرتين الأولىٰ والثانية من المادة المقترحة مع المبادئ العامة في الفقه الإسلامي، فما دام يجب علىٰ صاحب العمل أن يعوض الورثة علىٰ النحو المنصوص عليه في الفقرة الأولىٰ، فإنه يحق له في نظير ذلك أن يطالب بتسليم المواد التي تم إعدادها والرسوم التي بدئ في تنفيذها.

وبمقتضىٰ الفقرة الثالثة من المادة المقترحة فإن موت المقاول يأخذ حكمه أن يصبح المقاول عاجزًا عن البدء في العمل أو إتمامه لسبب لا يد له فيه.

وقد نصت المادة (606) من مرشد الحيران في هذا الصدد علىٰ أن: «يفسخ استئجار الصانع بوجود عذر معتبر يمنعه عن العمل، ولا ينفسخ ما لم يفسخ، وإذا مات انفسخ بموته بلا حاجة إلىٰ الفسخ». وعلىٰ هذا النحو يميز الفقه الإسلامي تمييزًا دقيقًا بين انفساخ العقد بموت المقاول، أي: انتهائه من تلقاء ذاته، وبين إمكان فسخه إذا قام عذر معتبر يمنع المقاول عن العمل.



الفصل الثاني
عقد العمل

مادة (667): عقد العمل عقد يعمل بمقتضاه أحد المتعاقدين لدىٰ المتعاقد الآخر وتحت إدارته أو إشرافه مقابل أجر.

هذه المادة تقابل المادة (674) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «عقد العمل هو الذي يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل في خدمة المتعاقد الآخر، وتحت إدارته أو إشرافه مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر».

ويؤخذ علىٰ نص التقنين الحالي أنه يعرف عقد العمل بالتزام يقع علىٰ عاتق أحد المتعاقدين، مع أن الالتزام أثر للعقد، ويجب أن ينصب التعريف علىٰ محل العقد، وهو العملية القانونية المقصودة منه، كما سبق القول، والعملية القانونية المقصودة من عقد العمل هي أن يعمل أحد المتعاقدين لدىٰ المتعاقد الآخر، حيث يرتب عقد العمل التزامات علىٰ عاتق كل من الطرفين، وهذه الالتزامات ترمي في مجموعها إلىٰ تحقيق العملية القانونية المقصودة من العقد.

ولهذا جاء التعريف في المادة المقترحة علىٰ نحو يتناول فيه محل العقد والعناصر الجوهرية فيه، وهذه تشمل عنصري التبعية والأجر.

والمادة المقترحة تقابل المادة (42) من قانون العمل الملغىٰ رقم (91) لسنة (1959) التي تنص علىٰ أن: «تسري أحكام هذا الفصل علىٰ العقد الذي يتعهد بمقتضاه عامل بأن يشتغل تحت إدارة صاحب عمل أو إشرافه مقابل أجر».

وتقابل المادة (29) من قانون العمل الحالي رقم (137) لسنة (1981) التي تنص علىٰ أن: «تسري أحكام هذا الباب علىٰ العقد الذي يتعهد بمقتضاه عامل بأن يعمل لدىٰ صاحب العمل وتحت إدارته أو إشرافه لقاء أجر أيًّا كان نوعه».

وتقابل المادة (900 / 1) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (805 / 1) من التقنين الأردني.

وعقد العمل في الفقه الإسلامي هو عقد إجارة الآدمي (م 562 من المجلة، وم (586) من مرشد الحيران)، وعلىٰ غرار هذه التسمية كان التقنين المدني المصري القديم يسميه إجارة الأشخاص.

ويفرق الفقه الإسلامي بين الأجير الخاص والأجير المشترك.

فالأجير الخاص هو العامل بالمعنىٰ المقصود في عقد العمل. وهو كما تنص المادة (588) من مرشد الحيران: «الذي يعمل لغيره واحدًا أو أكثر عملًا مؤقتًا مع اشتراط التخصيص عليه وعدم العمل لآخر».

(انظر كذلك في هذا المعنىٰ المادة (323) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة ومذكرتها الإيضاحية ابن عابدين (ج 5/ ص 58) مجمع الأنهر (ج 2/ ص 392)).

أما الأجير المشترك فهو مقاول يقتصر علىٰ تقديم عمله، وهو كما تنص المادة (560) من مرشد الحيران: «الذي يعمل لا لواحد مخصوص ولا لجماعة مخصوصين عملًا غير مؤقت أو عملًا مؤقتًا بلا اشتراط التخصيص عليه». (انظر كذلك في هذا المعنىٰ المادة (318) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة ومذكرتها الإيضاحية، مجمع الأنهر (ج 2/ ص 391) فتح القدير (ج 7/ ص 200)).

مادة (668):

1- لا تسري الأحكام الواردة في هذا الفصل إلا بالقدر الذي لا تتعارض فيه صراحة أو ضمنًا مع التشريعات الخاصة التي تتعلق بالعمل.

2- وتبين هذه التشريعات طوائف العمال الذين لا تسري عليهم هذه الأحكام.

هذه المادة تطابق المادة (675) من التقنين الحالي.

انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 611) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 5/ ص 109 و110).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (832/ 2) من التقنين الأردني.

ويتفق حكم المادة المقترحة مع الأصول العامة في التفسير، سواء في الفقه الإسلامي

أو في فقه القانون الوضعي، حيث يقدم الخاص علىٰ العام، فالأحكام التي يتضمنها التقنين المدني في عقد العمل أحكام عامة، فهي لا تسري إلا حيث لا يكون هناك حكم خاص ورد في تشريع خاص يتعلق بالعمل.

مادة (669):

1- تسري أحكام عقد العمل علىٰ العلاقة ما بين أصحاب الأعمال وبين الطوافين والممثلين التجاريين والمندوبين الجوابين ومندوبي التأمين وغيرهم من الوسطاء، ولو كانوا مأجورين بطريق العمالة أو كانوا يعملون لحساب جملة من أصحاب الأعمال، ما دام هؤلاء الأشخاص تابعين لأصحاب العمل وخاضعين لرقابتهم.

2- وإذا انتهت خدمات الممثل التجاري أو المندوب الجواب، ولو كان ذلك بانتهاء المدة المعينة في عقد استخدامه - كان له الحق في أن يتقاضىٰ علىٰ سبيل الأجر العمالة أو الخصم المتفق عليه، أو الذي يقضي به العرف عن التوصيات التي لم تبلغ صاحب العمل، إلا بعد خروج الممثل التجاري، أو المندوب الجواب من خدمته، متىٰ كانت هذه التوصيات نتيجة مباشرة لما قام به هؤلاء المستخدمون من سعي لدىٰ العملاء أثناء مدة خدمتهم، علىٰ أنه لا يجوز لهم المطالبة بهذا الحق إلا خلال المدة المعتادة التي يقررها العرف بالنسبة إلىٰ كل مهنة.

هذه المادة تطابق المادة (676) من التقنين الحالي.

انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 934) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 5/ ص 113 و114).

والفقرة الأولىٰ من النص المقترح يشمل حكمها في نظر الفقه الإسلامي الأجير الخاص والأجير المشترك، وليس هناك ما يمنع في هذا الفقه من سريان حكم الأجير الخاص علىٰ الأجير المشترك إذا لم يشترط التخصيص عليه (انظر المادة (590) من مرشد الحيران السالفة الذكر).

أما الفقرة الثانية من النص المقترح، فتخول الوسطاء المذكورين فيها الحق في

تقاضي الأجر عن عمل قاموا به أثناء مدة خدمتهم رغم انتهاء هذه الخدمة، قبل أن يبلغ صاحب العمل بالتوصيات التي حققوها، ومن الواضح شرعًا استحقاق هؤلاء للأجر في هذه الحالة.

(1) **أركان عقد العمل:**

مادة (670): لا يشترط في عقد العمل أي شكل خاص، ما لم تنص القوانين واللوائح الإدارية علىٰ خلاف ذلك.

هذه المادة تطابق المادة (677) من التقنين الحالي.

وتقابل المادة (30) من قانون العمل الحالي رقم (137) لسنة 1981 التي تنص علىٰ ما يأتي: «يجب أن يكون عقد العمل ثابتًا بالكتابة ومحررًا باللغة العربية من ثلاث نسخ، لكل من الطرفين نسخة، والثالثة لمكتب التأمينات الاجتماعية المختص.

ويجب أن يتضمن على الأخص البيانات الآتية:

(أ) اسم صاحب العمل وعنوان محل العمل.

(ب) اسم العامل ومؤهله ومهنته ومحل إقامته وما يلزم لإثبات شخصيته.

(جـ) طبيعة ونوع العمل محل التعاقد.

(د) الأجر المتفق عليه، وطريقة وموعد أدائه، وكذلك سائر المزايا النقدية والعينية المتفق عليها.

فإذا لم يوجد عقد مكتوب، جاز للعامل وحده إثبات حقوقه بجميع طرق الإثبات، ويعطىٰ العامل إيصالًا بما يكون قد أودعه لدىٰ صاحب العمل من أوراق وشهادات».

وقد رئي الإبقاء علىٰ الحكم الوارد في صدر المادة المقترحة باعتباره تطبيقًا للقواعد العامة، وذلك بالنسبة إلىٰ طوائف العمال التي لا تخضع لقانون العمل، أما الطوائف التي تخضع لقانون العمل فيسري عليها ما يقضي به قانون العمل وما يتصل به من لوائح إدارية.

والقاعدة الواردة في صدر المادة المقترحة تتفق مع الأصل المقرر في الشريعة الإسلامية، شأنها في ذلك شأن القانون الوضعي، حيث لا يشترط شكل خاص في العقد

ولا طريقة خاصة للإثبات، ما لم تقتض مصلحة شرعية مثل هذا الشكل أو هذه الطريقة.

مادة (671):

1- يجوز أن يبرم عقد العمل لخدمة معينة أو لمدة معينة، كما يجوز أن يكون غير معين المدة.

2- وإذا كان عقد العمل لمدة حياة العامل أو صاحب العمل أو لأكثر من خمس سنوات - جاز للعامل بعد انقضاء خمس سنوات أن ينهي العقد دون تفويض، علىٰ أن ينظر صاحب العمل إلىٰ ستة أشهر.

هذه المادة تتفق مع المادة (678) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- يجوز أن يبرم عقد العمل لخدمة معينة أو لمدة معينة، كما يجوز أن يكون غير معين المدة.

2- فإذا كان عقد العمل لمدة حياة العامل أو رب العمل أو لأكثر من خمس سنوات - جاز للعامل بعد انقضاء خمس سنوات أن يفسخ العقد دون تعويض، علىٰ أن ينظر رب العمل إلىٰ ستة أشهر».

وقد أدخلت علىٰ الفقرة الثانية من هذه المادة تعديلات لفظية علىٰ النحو الوارد في النص المقترح، كما استبدلت في هذه الفقرة عبارة: «أن ينهي العقد» بعبارة: «أن يفسخ العقد»؛ لأن الفسخ لا يقع إلا عند تقصير أحد المتعاقدين في الوفاء بالتزامه، فحقيقة الأمر أن ما يصدر من العامل في هذه الحالة هو إنهاء للعقد.

انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 942) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 5/ ص 120).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (902) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (806) من التقنين الأردني.

وفي الفقه الإسلامي يجوز أن يبرم عقد العمل لخدمة معينة أو لمدة معينة، فقد نصت المادة (562) من المجلة علىٰ أنه: «يجوز إجارة الآدمي للخدمة، أو لإجراء صنعة ببيان مدة أو بتعيين العمل بصورة أخرىٰ». وفي خصوص تعيين العمل نصت

المادة (455) من المجلة علىٰ أن: «تكون المنفعة معلومة في استئجار أهل الصنعة ببيان العمل، يعني: بتعيين ما يعمل الأجير، أو تعيين كيفية عمله، فإذا أريد صبغ الثياب يلزم إراءتها للصباغ أو بيان لونها أو إعلام غلظتها مثلًا».

ونصت المادة (609) من مجلة الأحكام الشرعية علىٰ أنه: «يجوز إجارة الآدمي علىٰ مدة معلومة أو لعمل معلوم».

أما إبرام عقد العمل لمدة غير معينة، فلا يجيزه الفقه الإسلامي، حيث يكون العقد فاسدًا، وذلك علىٰ أساس أن المنفعة يجب أن تكون معلومة، وإلا كان العقد فاسدًا، ذلك أنه يشترط في الإجارة أن تكون المنفعة معلومة (م 451 مجلة)، وتكون المنفعة معلومة ببيان مدة الإجارة (م 452 مجلة)، وقد نصت المادة (593) من مرشد الحيران علىٰ أنه: «إذا لم تكن المدة معينة في العقد حتىٰ فسد لجهالتها، فلكل من العاقدين فسخها في أي وقت أراد، وللخادم أجرة مثله مدة خدمته».

ونصت المادة (543) من مجلة الأحكام الشرعية علىٰ أنه: «إذا اشترط في الإجارة المعقودة علىٰ مدة ما يؤدي إلىٰ جهالة المدة - يظل العقد». ونصت المادة (561) من هذه المجلة علىٰ أنه: «يشترط في الإجارة لمدة أن تكون معلومة... فلو استأجر خادمًا يخدمه مدة مرضه، لم تصح الإجارة، ويلزم المستأجر إذا استوفىٰ المنفعة أجرة المثل».

لكن يلاحظ أنه إذا أبرم العقد لمدة غير معينة، فإن المدة فيه قد تجدد بفترة زمنية معينة، كشهر أو سنة مثلًا، وهذه صورة للتعاقد يجيزها الفقه الإسلامي، حيث تلزم الإجارة في المدة الأولىٰ المحددة لدفع الأجرة، ثم يجوز لكل من الطرفين إنهاء العقد، ما لم يدخل في مدة مماثلة فيتجدد العقد ضمنيًّا، فقد نصت المادة (492) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك علىٰ أنه: «إذا كانت الإجارة وجيبة (أي لمدة محدودة النهاية، فلا يعبر فيها بلفظ كل كالاستئجار يومًا أو شهرًا أو سنة بكذا) - لزمت المدة التي سميت في العقد، ولو لم يحصل نقد للأجرة، وإذا كانت مشاهرة (أي لمدة متكررة غير محدودة النهاية، فيعبر فيها بلفظ كل كالاستئجار كل يوم أو كل شهر أو كل سنة بكذا) - لزمت المدة الأولىٰ فقط، أو المدة التي نقد المستأجر أجرتها، أو التي جرىٰ بها العرف، ويكون لكل من المتعاقدين فيما بعد ذلك حل العقد

عن نفسه متىٰ شاء، وإذا لم يبين في العقد مدة الإجارة وجيبة كانت أو مشاهرة - حمل علىٰ يوم العقد». وجاء في شرح هذه المادة ما يأتي: «وإنما لزم جميع المدة في إجارة الوجيبة؛ لأن العقد وقع علىٰ مدة محدودة، بخلاف إجارة المشاهرة فإن العقد وقع علىٰ مدة غير محدودة، فلا يلزم من هذه المدة إلا المدة المحققة، وهي الأولىٰ أو التي حددها نقد الأجرة أو العرف» راجع (الشرح الصغير وحاشيته ج 2/ ص 311 و312).

وأما حكم الفقرة الثانية من المادة المقترحة فقد قصد به حماية العامل الذي قد تضطره ظروفه إلىٰ قبول التعاقد لمدة طويلة، فهو الطرف الضعيف في العقد. ومثل هذه الحماية تتفق مع روح الشريعة الإسلامية، ويملكها ولي الأمر؛ إذ التصرف علىٰ الرعية منوط بالمصلحة (م 58 مجلة).

مادة (672): يفترض في أداء الخدمة أن يكون بأجر إذا كان قوام هذه الخدمة عملًا لم تجر العادة بالتبرع به، أو عملًا داخلًا في مهنة من أداه.

هذه المادة تطابق المادة (681) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (903) فقرة أولىٰ من التقنين العراقي.

وحكمها يتفق مع أحكام الفقه الإسلامي، فقد نصت المادة (563) من المجلة علىٰ أنه: «لو خدم أحد آخر بناءً علىٰ طلبه من دون مقاولة أجرة، فله أجرة المثل إن كان ممن يخدم بالأجرة وإلا فلا».

ونصت المادة (466) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك علىٰ أن: «من عمل لغيره عملًا بدون طلب منه، فله علىٰ رب العمل أجرة مثله إن كان العمل مما يستأجر عليه ربه، وكان مثل العامل يأخذ عليه أجره العادي».

مادة (673):

1- إذا لم تنص العقود الفردية أو العقود الجماعية أو الأنظمة الأساسية للعمل علىٰ الأجر الذي يلتزم به صاحب المصنع - أخذ بالسعر المقدر لعمل من ذات النوع إن وجد، وإلا قدر الأجر طبقًا لعرف المهنة وعرف الجهة التي يؤدىٰ فيها العمل، فإن لم يوجد عرف تولىٰ القاضي تقدير الأجر وفقًا لمقتضيات العدالة.

2- ويتبع ذلك أيضًا في تحديد نوع الخدمة الواجب علىٰ العامل أداؤها، وفي تحديد مداها.

هذه المادة تطابق المادة (682) من التقنين الحالي، مع استبدال عبارة: «الأنظمة الأساسية للعمل»، بعبارة: «لوائح المصنع».

وقد أوجبت المادة (30) من قانون العمل أن يكون عقد العمل ثابتًا بالكتابة، وأن يتضمن بوجه خاص بيانات منها الأجر المتفق عليه، وطريقة وموعد أدائه، وسائر المزايا النقدية والعينية المتفق عليها، وكذلك طبيعة ونوع العمل محل التعاقد، وإذا لم يوجد عقد مكتوب، جاز للعامل إثبات حقوقه بجميع طرق الإثبات.

ونصت المادة (35) من هذا القانون علىٰ أنه: «لا تبرأ ذمة صاحب العمل من أجر العامل، إلا إذا وقع العامل بما يفيد استلام الأجر في السجل المعد لذلك، أو في كشوف الأجور، أو إيصال خاص معد لهذا الغرض، علىٰ أن تشمل بيانات هذه المستندات مفردات الأجر».

وأوجبت المادة (55) من هذا القانون: «علىٰ صاحب العمل أن ينشئ ملفًّا لكل عامل يذكر فيه اسمه، ومهنته، ودرجة مهارته، ومحل إقامته، وحالته الاجتماعية، وتاريخ ابتداء خدمته، وأجره، وبيان ما يدخل عليه من تطورات...».

فإذا لم توجد كتابة من هذا القبيل اتبع ما تقضي به المادة المقترحة، سواء في تقدير الأجر أو تحديد نوع الخدمة ومداها. فإذا أغفل المتعاقدان تحديد الأجر يؤخذ بأجر المثل، فإن لم يوجد يرجع إلىٰ العرف، فإن لم يوجد تولىٰ القاضي تقدير الأجر وفقًا لمقتضيات العدالة، ويتبع ذلك أيضًا في تحديد نوع الخدمة ومداها، ويراعىٰ في كل هذا أن العامل يجوز له إثبات حقوقه بجميع طرق الإثبات.

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (810/ 2) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (903 / 2) من التقنين العراقي.

وتتفق مع أحكام الفقه الإسلامي.

ففي خصوص تقدير الأجر وفقًا لأجر المثل، وما يقضي به العرف إذا أغفل

المتعاقدان تحديده، نصت المادة (563) من المجلة علىٰ أنه: «لو خدم أحد آخر بناءً علىٰ طلبه من دون مقاولة أجرة، فله أجر المثل إن كان ممن يخدم بالأجرة، وإلا فلا».

ونصت المادة (565) من المجلة علىٰ أنه: «لو استخدمت العملة من دون تسمية أجرة، تعطىٰ أجرتهم إن كانت معلومة، وإلا فأجر المثل ومعاملة الأصناف الذين يعاملون هؤلاء علىٰ هذا الوجه». ونصت المادة (414) من المجلة علىٰ أن: «أجر المثل هو الأجرة التي قدرتها أهل الخبرة السالمين عن الغرض».

ونصت المادة (594) من مرشد الحيران علىٰ أنه: «إذا لم تكن أجرة الخادم مقدرة في العقد، فله أجر مثله مقدرًا علىٰ حسب العرف».

ونصت المادة (297) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة علىٰ أن: «العبرة فيما لا يسمىٰ فيه الأجر للعادة والعرف».

وفي خصوص تحديد نوع الخدمة ومداها: نصت المادة (455) من المجلة علىٰ أنه: «تكون المنفعة معلومة في استئجار أهل الصنعة ببيان العمل، يعني: بتعيين ما يعمل الأجير أو تعيين كيفية عمله، فإذا أريد صبغ الثياب يلزم إراءتها للصباغ أو بيان لونها أو إعلام غلظتها مثلًا».

ونصت المادة (495) من المجلة علىٰ أنه: «لو استأجر أحد أجيرًا علىٰ أن يعمل يومًا، يعمل من طلوع الشمس إلىٰ العصر أو إلىٰ الغروب، علىٰ وفق عرف البلدة في خصوص العمل».

وجاء في قواعد ابن رجب (رقم 122 ص 298): «يخص العموم بالعادة ومنها: لو استأجر أجيرًا يعمل له مدة معينة، حمل علىٰ ما جرت العادة فيه من الزمان دون غيره بغير خلاف».

مادة (674):

يعتبر جزءًا لا يتجزأ من الأجر يحسب في تعيين القدر الجائز الحجز عليه ما يأتي:

1- العلاوة الدورية.

2- العلاوة التي تصرف للعامل في مقابل غلاء المعيشة أو زيادة أعبائه العائلية.

3- العمولة التي تعطىٰ للطوافين والمندوبين الجوابين والممثلين التجاريين.

4- النسب المئوية التي تدفع إلىٰ مستخدمي المحال التجارية عن ثمن ما يبيعونه.

5- النسبة المئوية التي يحصل عليها العامل من الأرباح أو الإيراد أو مقدار الإنتاج أو ما شاكل ذلك.

6- كل منحة تعطىٰ للعامل زيادة علىٰ الأجر المحدد، وما يصرف له جزاء أمانته أو كفاءته وما شابه ذلك، إذا كانت مبالغها مقررة في عقود العمل الفردية أو الجماعية أو الأنظمة الأساسية للعمل، أو جرىٰ العرف بمنحها حتىٰ أصبح العمال يعتبرونها جزءًا من الأجر لا تبرعًا، علىٰ أن تكون هذه المبالغ معلومة المقدار قبل الحجز.

7- الوهبة التي يحصل عليها العامل إذا جرىٰ العرف بدفعها، وكانت لها قواعد تسمح بتحديدها.

8- المزايا العينية.

هذه المادة تقابل المادة (683) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«تعتبر المبالغ الآتية جزءًا لا يتجزأ من الأجر تحسب في تعيين القدر الجائز الحجز عليه:

1- العمولة التي تعطىٰ للطوافين والمندوبين الجوابين والممثلين التجاريين.

2- النسب المئوية التي تدفع إلىٰ مستخدمي المحال التجارية عن ثمن ما يبيعونه، والعلاوات التي تصرف لهم بسبب غلاء المعيشة.

3- كل منحة تعطىٰ للعامل علاوة علىٰ المرتب، وما يصرف له جزاء أمانته، أو في مقابل زيادة أعبائه العائلية، وما شابه ذلك، إذا كانت هذه المبالغ مقررة في عقود العمل الفردية، أو لوائح المصنع، أو جرىٰ العرف بمنحها حتىٰ أصبح عمال المصنع يعتبرونها جزءًا من الأجر لا تبرعًا، علىٰ أن تكون هذه المبالغ معلومة المقدار قبل الحجز».

وتقابل المادة الأولى من قانون العمل التي تنص على ما يأتي:

«يقصد في تطبيق أحكام هذا القانون:

بالأجر: كل ما يتقاضاه العامل لقاء عمله نقدًا مضافًا إليه جميع العلاوات أيًّا كان نوعها، وعلىٰ الأخص ما يأتي:

1- العلاوة الدورية.

2- العلاوة التي تصرف بسبب غلاء المعيشة وأعباء العائلة.

3- العمولة التي تعطىٰ للطوافين والمندوبين الجوابين والممثلين التجاريين.

4- الامتيازات العينية.

5- كل منحة تعطىٰ للعامل علاوة علىٰ الأجر، وما يصرف له جزاء أمانته أو كفاءته وما شابه ذلك، إذا كانت هذه المبالغ مقررة في العمل الفردي أو الجماعي، أو الأنظمة الأساسية للعمل، أو جرىٰ العرف بمنحها.

6- الوهبة التي يحصل عليها العامل في المحال العامة غير السياحية، إذا جرىٰ العرف بدفعها، وكانت لها قواعد تسمح بتحديدها، وتعتبر في حكم الوهبة النسبة المئوية التي يدفعها العملاء مقابل الخدمة في المنشآت السياحية.

ويصدر قرار من وزير الدولة للقوىٰ العاملة والتدريب بالاتفاق مع وزير السياحة والمنظمة النقابية المختصة، بكيفية توزيعها علىٰ العاملين».

وقد استمدت المادة المقترحة من هاتين المادتين، مع إدخال بعض التعديلات، حيث أضيفت النسبة المئوية التي يحصل عليها العامل من أرباح المنشأة أو إيراداتها أو مقدار الإنتاج فيها أو ما شاكل ذلك، وذكر حكم الوهبة بإطلاق، دون تفرقة بين المنشآت السياحية وغير السياحية كما فعل قانون العمل، ودون قصره علىٰ المنشآت الصناعية والتجارية، كما فعل التقنين المدني الحالي في المادة (684 / 1) بلا مبرر.

والمادة المقترحة تقابل المادة (907/ 1) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (811) من التقنين الأردني.

ويقر الشرع الإسلامي اعتبار كل ما أحصته المادة المقترحة من قبيل الأجر، ما دام أن العامل يتقاضاه لقاء عمله.

وقد نصت المادة (661) من مجلة الأحكام الشرعية علىٰ أنه: «يجوز دفع الدابة لمن يعمل عليها بجزء مشاع من ربحها، مثلًا: لو دفع صاحب الإبل إبله لمن يحمل

عليها بأجرة لها علىٰ أن يكون له نصف الوارد من أجرتها، صح».

ونصت المادة (657) من هذه المجلة علىٰ أن: «استئجار السماسرة والوكلاء لعمل معلوم كشراء بضاعة وبيعها بأجرة مسماة أو معلومة بالنسبة المئوية ونحوها - صحيح، مثلًا: لو قال للسمسار: اشتر لي كذا. وجعل له من كل ألف شيئًا معلومًا، صح».

ونصت المادة (659) من هذه المجلة علىٰ أنه: «يجوز أن يدفع متاعًا لمن يبيعه بقدر معلوم، علىٰ أن ما زاد من الثمن عن ذلك القدر فهو للأجير، مثلًا: لو دفع سيارته لدلال وقال له: بعها بخمسين دينارًا، وما زاد علىٰ ذلك فهو لك. صح العقد». فإذا باعها بزيادة كانت له، وإذا باعها بخمسين فلا شيء له».

راجع: المغني لابن قدامة (ج 5 / ص8).

مادة (675):

1- يجوز لصاحب العمل أن يجمع في صندوق مشترك مبالغ الوهبة التي يدفعها العملاء إلىٰ مستخدمي المتجر؛ ليقوم بعد ذلك بتوزيعها علىٰ هؤلاء المستخدمين بنفسه، أو تحت إشرافه.

2- ويجوز في بعض الأعمال، كأعمال الفنادق والمطاعم والمقاهي والمشارب - ألا يكون للعامل أجر سوىٰ ما يحصل عليه من وهبة، وما يتناوله من طعام.

هذه المادة تقابل المادة (684) فقرة ثانية وثالثة من التقنين المدني الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي:

«2- وتعتبر الوهبة جزءًا من الأجر، إذا كان ما يدفعه منها العملاء إلىٰ مستخدمي المتجر الواحد يجمع في صندوق مشترك؛ ليقوم رب العمل بعد ذلك بتوزيعه علىٰ هؤلاء المستخدمين بنفسه أو تحت إشرافه.

3- ويجوز في بعض الصناعات، كصناعة الفنادق والمطاعم والمقاهي والمشارب، ألا يكون للعامل أجر سوىٰ ما يحصل عليه من وهبة، وما يتناوله من طعام».

وقد عدلت الفقرة الثانية من هذه المادة علىٰ نحو يتضح منه أن مبالغ الوهبة التي تجمع في صندوق مشترك؛ لكي يوزع بعد ذلك علىٰ العمال - هي تلك التي توفرت فيها

شروط الوهبة من حيث جريان العرف بدفعها، ووجود قواعد تسمح بتحديدها.

وعدلت الفقرة الثالثة من هذه المادة تعديلًا لفظيًّا علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة.

والمادة المقترحة تقابل المادة (907/ 2 و3) من التقنين العراقي التي تطابق المادة (684/ 2 و3) من التقنين المصري الحالي.

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (654) من مجلة الأحكام الشرعية علىٰ أن: «نفقة الآدمي ولو دون وصف في حكم المعلوم، فيصح طعامه وشرابه جعلها أجرة».

(2) آثار عقد العمل:

التزامات العامل:

مادة (676):

يجب على العامل:

1- أن يؤدي العمل بنفسه طبقًا لما هو محدد بالعقد، ووفقًا لأحكام القانون وأنظمة العمل وعقوده الجماعية، وأن يبذل في تأديته من العناية ما يبذله الشخص العادي.

2- أن يأتمر بأوامر صاحب العمل الخاصة بتنفيذ العمل المتفق عليه الذي يدخل في وظيفة العامل، إذا لم يكن في هذه الأوامر ما يخالف العقد أو القانون أو الآداب، ولم يكن في إطاعتها ما يعرض للخطر.

3- أن يحرص علىٰ حفظ وسائل الإنتاج وأدوات العمل الموضوعة تحت تصرفه.

4- أن يحتفظ بأسرار العمل حتىٰ بعد انقضاء العقد.

5- أن يعمل علىٰ تنمية مهارته وخبراته مهنيًّا وثقافيًّا وفقًا للنظم التي يضعها صاحب العمل بالاشتراك مع المنظمات النقابية المختصة.

6- ألا يستخدم أدوات العمل خارج مكان العمل، إلا بترخيص من صاحب العمل، وأن يحفظ هذه الأدوات في الأماكن المخصصة لها.

7- أن ينفذ التعليمات المتعلقة بالسلامة والصحة المهنية المقررة بالمنشأة، سواء بموجب القانون أو بمقتضىٰ عقود العمل الفردية والجماعية وأنظمة العمل.

هذه المادة مستمدة من المادة (685) من التقنين المدني الحالي، والمادة (58) من قانون العمل.

فالمادة (685) من التقنين الحالي تنص على ما يأتي:

«**يجب على العامل:**

(أ) أن يؤدي العمل بنفسه، وأن يبذل في تأديته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد.

(ب) أن يأتمر بأوامر رب العمل الخاصة بتنفيذ العمل المتفق عليه الذي يدخل في وظيفة العامل، إذا لم يكن في هذه الأوامر ما يخالف العقد أو القانون أو الآداب، ولم يكن في إطاعتها ما يعرض للخطر.

(جـ) أن يحرص علىٰ حفظ الأشياء المسلمة إليه لتأدية عمله.

(د) أن يحتفظ بأسرار العمل الصناعية والتجارية حتىٰ بعد انقضاء العقد».

والمادة (58) من قانون العمل تنص على ما يأتي:

«**يجب على العامل:**

1- أن يؤدي العمل بنفسه تبعًا لتوجيه وإشراف صاحب العمل، وطبقًا لما هو محدد بالعقد، ووفقًا لأحكام القانون وأنظمة العمل وعقوده الجماعية، وأن يبذل في تأديته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد.

2- أن يأتمر بأوامر صاحب العمل الخاصة بتنفيذ العمل المتفق عليه الذي يدخل في عمله أو مهنته، إذا لم يكن في هذه الأوامر ما يخالف العقد أو القانون أو الآداب، ولم يكن في إطاعتها ما يعرض للخطر.

3- أن يحرص علىٰ وسائل الإنتاج وأدوات العمل الموضوعة تحت تصرفه، وأن يحافظ عليها بحرص وعناية الشخص المعتاد، وأن يقوم بجميع الإجراءات الضرورية لحفظها وسلامتها.

4- أن يحتفظ بأسرار العمل.

5- أن يعمل باستمرار علىٰ تنمية مهارته وخبراته مهنيًّا وثقافيًّا، وفقًا للنظم والإجراءات التي يضعها صاحب العمل بالاشتراك مع المنظمات المختصة، وفي حدود الإمكانيات المتاحة.

6- ألا يستخدم أدوات العمل خارج مكان العمل إلا بترخيص من صاحب العمل، وأن يحفظ هذه الأدوات في الأماكن المخصصة لذلك.

7- أن يلتزم بتنفيذ كافة تعليمات السلامة والصحة المهنية المقررة بالمنشأة، سواء بمقتضىٰ القانون، أو عقود العمل الجماعية والفردية، ونظم ولوائح العمل وتعليماته».

والمادة المقترحة تقابل المادة (909) من التقنين العراقي.

وتقابل المادتين (814، 815) من التقنين الأردني.

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (571) من المجلة علىٰ أن: «الأجير الذي استؤجر علىٰ أن يعمل بنفسه ليس له أن يستعمل غيره». ونصت المادة (607) علىٰ أنه: «لو تلف المستأجر فيه بتعدي الأجير أو تقصيره، يضمن». ونصت المادة (608) علىٰ أن: «تعدي الأجير هو أن يعمل عملًا أو يتحرك حركة مخالفين لأمر الآخر صراحة كان أو دلالة».

ونصت المادة (609) علىٰ أن: «تقصير الأجير هو قصوره في محافظة المستأجر فيه بلا عذر».

ونصت المادة (610) علىٰ أن: «الأجير الخاص أمين حتىٰ إنه لا يضمن المال الذي تلف في يده بغير صنعه، وكذا لا يضمن المال الذي تلف بعمله بلا تعدٍّ أيضًا».

ونصت المادة (589) من مرشد الحيران علىٰ أنه: «ليس للأجير الخاص أن يعمل في مدة الإجارة لغير مستأجره، وإن عمل للغير ينقص من الأجر بقدر ما عمله، وليس له أن يشتغل بشيء آخر سوىٰ المكتوبة حتىٰ لا يصلي النافلة».

ونصت المادة (612) علىٰ أن: «الأجير الخاص أمين، فإن هلك الشيء في يده بدون تعديه أو تقصيره أو إهماله، فلا ضمان عليه».

ونصت المادة (580) من مجلة الأحكام الشرعية علىٰ أنه: «ليس للأجير الخاص أن يعمل لغير مستأجره أثناء المدة».

ونصت المادة (614) علىٰ أنه: «ليس للأجير الخاص أن ينيب عنه أحدًا فيما استؤجر له».

مادة (677):

1- إذا كان العمل الموكول إلىٰ العامل يتيح له معرفة عملاء صاحب العمل أو الاطلاع علىٰ سر أعماله، كان للطرفين أن يتفقا علىٰ ألا يجوز للعامل بعد انتهاء العقد أن ينافس صاحب العمل، ولا أن يشترك في أي مشروع يقوم بمنافسته.

2- **غير أنه يشترط لصحة هذا الاتفاق أن يتوافر فيه ما يأتي:**

(أ) أن يكون العامل بالغًا رشده وقت إبرام العقد.

(ب) أن يكون القيد مقصورًا من حيث الزمان والمكان ونوع العمل علىٰ القدر الضروري، لحماية مصالح صاحب العمل المشروعة.

3- ولا يجوز أن يتمسك صاحب العمل بهذا الاتفاق إذا أنهىٰ العقد أو رفض تجديده دون مبرر، كما لا يجوز له التمسك بالاتفاق إذا صدر منه هو ما يبرر فسخ العامل أو إنهاءه للعقد.

الفقرة الأولىٰ من هذه المادة تطابق الفقرة الأولىٰ من المادة (686) من التقنين الحالي، مع استبدال كلمة: «يتيح» بكلمة: «يسمح».

والفقرة الثانية من هذه المادة تطابق الفقرة الثانية من المادة (686) من التقنين الحالي.

والفقرة الثالثة تقابل الفقرة الثالثة من المادة (686) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «ولا يجوز أن يتمسك رب العمل بهذا الاتفاق إذا فسخ العقد أو رفض تجديده، دون أن يقع من العامل ما يبرر ذلك، كما لا يجوز له التمسك بالاتفاق إذا وقع منه هو ما يبرر فسخ العامل للعقد».

وقد أدخلت على هذه الفقرة التعديلات الآتية:

1- **استبدلت عبارة:** «صاحب العمل» بعبارة: «رب العمل». كما هو الشأن في جميع النصوص.

2- **استبدلت في صدر النص عبارة**: «إذا أنهىٰ العقد أو رفض تجديده» بعبارة: «إذا فسخ العقد أو رفض تجديده»؛ لأن المقصود الإنهاء، وليس الفسخ، إذًا الفسخ لا يكون إلا عند تقصير أحد المتعاقدين في الوفاء بالتزامه، وعدم وجود مبرر لتمسك صاحب العمل بالاتفاق - ينتفي معه التقصير الذي يبرر الفسخ.

3- **استبدلت عبارة**: «دون مبرر» بعبارة: «دون أن يقع من العامل ما يبرر ذلك»؛ لأن صاحب العمل قد يوجد لديه مبرر لإنهاء العقد أو رفض تجديده برغم سلامة موقف العامل، كما لو كان المشروع يعاني من ظروف اقتصادية سيئة، فيكون من الأفضل النص علىٰ عدم وجود مبرر أيًّا كان.

4- استبدلت عبارة: «فسخ العامل أو إنهاءه للعقد» في نهاية النص بعبارة: «فسخ العامل للعقد»؛ لأن ما يصدر عن صاحب العمل قد يكون إخلالًا بالتزام يرتبه العقد فيخول العامل الحق في الفسخ، وقد يكون موقفًا معينًا لا علاقة له بالالتزامات التي يرتبها العقد، فيدفع العامل إلىٰ إنهاء العقد.

والمادة المقترحة تقابل المادة (910) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (818) من التقنين الأردني.

والسند الشرعي لأحكام المادة المقترحة هو المبدأ الشرعي الذي يقضي بألا ضرر ولا ضرار.

مادة (678): إذا اتفق علىٰ تعويض في حالة الإخلال بالامتناع عن المنافسة، وكان في الشرط مبالغة تجعله وسيلة لإجبار العامل علىٰ البقاء لدىٰ صاحب العمل مدة أطول من المدة المتفق عليها، كان هذا الشرط باطلًا، كما يشمل البطلان شرط عدم المنافسة.

هذه المادة تتفق مع المادة (687) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ أنه: «إذا اتفق علىٰ شرط جزائي في حالة الإخلال بالامتناع عن المنافسة، وكان في الشرط مبالغة تجعله وسيلة لإجبار العامل علىٰ البقاء في صناعة رب العمل مدة أطول من المدة المتفق عليها - كان هذا الشرط باطلًا، وينسحب بطلانه أيضًا إلىٰ عدم المنافسة في جملته».

وقد أدخلت علىٰ هذه المادة تعديلات لفظية علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة.

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (911/ 2) من التقنين العراقي، وتقابل المادة (819) من التقنين الأردني.

والأصل أن التعويض يكون بقدر الضرر، وذلك سواء في القانون الوضعي أو في الشرع الإسلامي، فإذا كان التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) مبالغًا فيه، جاز للقاضي أن يخفضه (م 223/ 2 من المشروع)، ويظل الشرط بالامتناع عن المنافسة صحيحًا، ولكن المشروع - كما هو الشأن في التقنين الحالي، حرصًا منه علىٰ توفير حماية أكبر للعامل - لم يكتف بهذه القواعد العامة، بل قضىٰ ببطلان الشرط الجزائي وكذلك الشرط الأصلي بالامتناع عن المنافسة، حيث قدر أنه بهذا يحمي مصلحة مشروعة للعامل، وهو الطرف الضعيف في العقد، الأمر الذي يتفق مع روح الشريعة، ويملكه ولي الأمر؛ إذ التصرف علىٰ الرعية منوط بالمصلحة (م 58 مجلة).

مادة (679):

1- إذا وفق العامل إلىٰ اختراع أثناء عمله، فلا يكون لصاحب العمل أي حق في ذلك الاختراع، ولو كان العامل قد استنبطه بمناسبة ما قام به من أعمال لدىٰ صاحب العمل.

2- علىٰ أن ما يستنبطه العامل من اختراعات أثناء عمله يكون من حق صاحب العمل، إذا كانت طبيعة الأعمال التي تعهد بها العامل تقتضي منه إفراغ جهده في الابتداع، أو إذا كان صاحب العمل قد اشترط في العقد صراحة أن يكون له الحق فيما يهتدي إليه من الاختراعات.

3- وإذا كان الاختراع ذا أهمية اقتصادية جدية، جاز للعامل في الحالتين المنصوص عليهما في الفقرة السابقة - أن يطالب بمقابل خاص يقدر وفقًا لمقتضيات العدالة، ويراعىٰ في تقدير هذا المقابل مقدار المعونة التي قدمها صاحب العمل، وما استخدم في هذا السبيل من منشآته.

هذه المادة تطابق المادة (688) من التقنين الحالي، مع بعض التعديلات اللفظية.

وتطابق المادة (912) من التقنين العراقي، مع بعض الاختلافات اللفظية.

وتقابل المادة (820) من التقنين الأردني.

والأصل الذي تقرره الفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة مسلم به، سواء في القانون الوضعي أو في الشريعة الإسلامية؛ حيث إن المخترع كما هو الحكم في حق المؤلف، يثبت له علىٰ اختراعه حق المؤلف بجانبيه المعنوي والمالي، وذلك حتىٰ لو كان يعمل لدىٰ شخص آخر.

وإذا كان الحق المعنوي يظل علىٰ الدوام للعامل المخترع، فإن الحق المالي علىٰ خلاف الأصل يثبت لصاحب العمل في الحالتين المنصوص عليهما في الفقرة الثانية من المادة المقترحة، وسند هاتين الحالتين هو الاتفاق الصريح أو الضمني، وهو اتفاق لا تأباه الشريعة، فالمسلمون عند شروطهم فيما لا يخالف حكمًا قطعيًّا.

أما ما تقرره الفقرة الثالثة من المادة المقترحة فقد روعي فيه مصلحة كل من الطرفين، فهو يشجع العامل علىٰ الإبداع والابتكار، ويحمي مصلحة صاحب العمل الذي أنفق من ماله وقدم التسهيلات للعامل للوصول إلىٰ اختراعه، والشريعة الإسلامية ترعىٰ مثل هذه المصالح المشروعة.

التزامات صاحب العمل:

مادة (680): يلتزم صاحب العمل أن يدفع للعامل أجرته في الزمان والمكان اللذين يحددهما العقد أو العرف، مع مراعاة ما تقضي به القوانين الخاصة في ذلك.

هذه المادة تطابق المادة (690) من التقنين الحالي.

وبمقتضاها يراعىٰ ما تقضي به القوانين الخاصة في هذا الشأن، فإذا لم تنص هذه القوانين علىٰ القواعد التي يجب اتباعها - يؤخذ بما يقرره العقد أو العرف.

وفي خصوص ما تقضي به القوانين الخاصة، فإن قانون العمل ينص في المواد الآتية علىٰ القواعد التي تتبع في هذا الشأن:

مادة (33): تؤدىٰ الأجور وغيرها من المبالغ المستحقة للعامل بالعملة المتداولة قانونًا.

مادة (34): تؤدى الأجور في أحد أيام العمل وفي مكانه مع مراعاة الأحكام التالية:

(أ) العمال المعينون بأجر شهري تؤدىٰ أجورهم مرة علىٰ الأقل في الشهر.

(ب) إذا كان الأجر بالقطعة، واستلزم العمل مدة تزيد علىٰ أسبوعين - وجب أن يحصل العامل كل أسبوع علىٰ دفعة تحت الحساب تناسب ما أتمه من العمل، وأن يؤدي له باقي الأجر خلال الأسبوع التالي لتسليم ما كلف به.

(جـ) في غير ما ذكر من الأحوال السابقة تؤدىٰ للعمال أجورهم مرة كل أسبوع، علىٰ أنه يجوز أن تؤدىٰ لهم مرة كل أسبوعين أو كل شهر إذا وافقوا كتابة علىٰ ذلك.

مادة (38): إذا انتهت علاقة العمل أدىٰ للعامل أجره وكافة المبالغ المستحقة له فورًا، إلا إذا كان العامل قد ترك العمل من تلقاء نفسه، فيجب في هذه الحالة علىٰ صاحب العمل أداء أجر العامل وجميع مستحقاته في مدة لا تتجاوز سبعة أيام من تاريخ ترك العمل.

مادة (40): لا يجوز لصاحب العمل أن يقتطع من أجر العامل أكثر من 10٪ وفاءً لما يكون قد أقرضه من مال أثناء سريان العقد، ولا أن يتقاضىٰ عن هذه القروض فائدة، ويسري ذلك الحكم علىٰ الأجور المدفوعة مقدمًا.

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (473) من المجلة علىٰ أنه: «يعتبر ويراعىٰ كل ما اشترطه العاقدان في تعجيل الأجرة وتأجيلها».

ونصت المادة (474) علىٰ أنه: «إذا شرط تأجيل البدل يلزم علىٰ الآجر أولًا تسليم المأجور، وعلىٰ الأجير إيفاء العمل، والأجرة لا تلزم إلا بعد انقضاء المدة التي شرطت». ونصت المادة (475) علىٰ أنه: «يلزم علىٰ الآجر أولًا تسليم المأجور، وعلىٰ الأجير إيفاء العمل في الإجارة المطلقة التي عقدت من دون شرط التعجيل والتأجيل». ونصت المادة (476) علىٰ أنه: «إن كانت الأجرة مؤقتة بوقت معين، كالشهرية أو السنوية مثلًا، يلزم إيفاؤها عند انقضاء ذلك الوقت».

ونصت المادة (571) من مرشد الحيران علىٰ أنه: «يجوز للأجير أن يمتنع عن العمل إلىٰ أن يستوفي أجرته المشروط تعجيلها، وله فسخ الإجارة إن لم يوفه المؤجر الأجرة».

مادة (681):

1- إذا شرط في العقد، أو نص القانون علىٰ أن يكون للعامل فوق الأجر المتفق عليه، أو بدلًا منه - حق في نسبة مئوية من أرباح صاحب العمل، أو من جملة الإيراد، أو من مقدار الإنتاج، أو من قيمة ما يتحقق من وفر، أو ما شاكل ذلك - وجب علىٰ صاحب العمل أن يقدم إلىٰ العامل بعد كل جرد بيانًا بما يستحقه من ذلك.

2- ويجب علىٰ صاحب العمل، فوق هذا، أن يقدم إلىٰ العامل أو إلىٰ شخص موثوق به يعينه ذوو الشأن، أو يعينه القاضي، المعلومات الضرورية للتحقق من صحة هذا البيان، وأن يأذن له في ذلك بالاطلاع علىٰ دفاتره.

الفقرة الأولىٰ من هذه المادة تقابل الفقرة الأولىٰ من المادة (691) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «إذا نص العقد علىٰ أن يكون للعامل فوق الأجر المتفق عليه أو بدلًا منه حق في جزء من أرباح رب العمل، أو في نسبة مئوية من جملة الإيراد، أو من مقدار الإنتاج أو من قيمة ما يتحقق من وفر أو ما شاكل ذلك - وجب علىٰ رب العمل أن يقدم إلىٰ العامل بعد كل جرد بيانًا بما يستحقه من ذلك».

وقد أدخل على هذه الفقرة التعديلان الآتيان:

1- **استبدلت عبارة:** «إذا شرط في العقد أو نص القانون» بعبارة: «إذا نص العقد». ذلك أن إعطاء العامل نسبة مئوية في الحالات المذكورة قد يكون مصدره العقد، وقد يكون المصدر هو نص القانون.

ومثل هذه الحالة الأخيرة ما فرضه الشارع من تخصيص نسبة مئوية من أرباح بعض الشركات لموظفيها وعمالها.

2- **استبدلت عبارة:** «حق في نسبة مئوية من أرباح صاحب العمل، أو من جملة الإيراد» بعبارة: «حق في جزء من أرباح رب العمل، أو في نسبة مئوية من جملة الإيراد»؛ إذ إن المقصود في جميع الحالات المذكورة أن يكون للعامل الحق في نسبة مئوية.

أما الفقرة الثانية من المادة المقترحة فتطابق الفقرة الثانية من المادة (691) من التقنين الحالي.

وأحكام المادة المقترحة يقصد بها توفير ضمانات معينة للعامل؛ حتىٰ لا يخدعه صاحب العمل في حقيقة الربح، أو الإيراد، أو مقدار الإنتاج، أو قيمة ما تحقق من وفر، وهذا من شأنه أن يحمي مصلحة العامل، ومن مقاصد الشريعة رعاية المصالح المشروعة.

مادة (682):

1- إذا حضر العامل لمزاولة عمله في الفترة التي يلزمه بها عقد العمل، أو أعلن أنه مستعد لمزاولة عمله في هذه الفترة، ولم يمنعه عن العمل إلا سبب راجع إلىٰ صاحب العمل - كان له الحق في أجر تلك الفترة.

2- أما إذا حضر العامل، وحال بينه وبين مزاولة عمله سبب أجنبي لا يد لصاحب العمل فيه - كان له الحق في نصف الأجر.

هذه المادة مستمدة من المادتين (692) من التقنين الحالي، و(36) من قانون العمل.

فالمادة (693) من التقنين المدني الحالي تنص علىٰ ما يأتي: «إذا حضر العامل، أو المستخدم لمزاولة عمله في الفترة اليومية التي يلزمه بها عقد العمل، أو أعلن أنه مستعد لمزاولة عمله في هذه الفترة، ولم يمنعه عن العمل إلا سبب راجع إلىٰ رب العمل - كان له الحق في أجر ذلك اليوم».

والمادة (36) من قانون العمل تنص على ما يأتي:

«إذا حضر العامل إلىٰ مقر عمله في الوقت المحدد للعمل، وكان مستعدًّا لمباشرة العمل، وحالت دون ذلك أسباب ترجع إلىٰ صاحب العمل - اعتبر كأنه أدىٰ عمله فعلًا، واستحق أجره كاملًا.

أما إذا حضر وحالت بينه وبين مباشرة عمله أسباب قهرية خارجة عن إرادة صاحب العمل - استحق نصف أجره».

وقد رئي في المادة المقترحة أن يضاف إلىٰ حكم التقنين الحالي ما زاد عليه في قانون العمل، فليس من العدل أن يحرم العامل من كل أجره إذا حال بينه وبين مزاولة

عمله سبب أجنبي لا يد لصاحب العمل فيه، وذلك نظرًا إلىٰ الصفة الحيوية للأجر بالنسبة إلىٰ العامل؛ إذ الأجر هو عماده الأساسي في معاشه، ولأنه من العدل أن يتحمل صاحب العمل بعض مخاطر مشروعه، ولو كانت ناشئة عن قوة قاهرة.

وبهذا فإن حكم المادة المقترحة يتفق وما يقضي به قانون العمل.

ويرىٰ الفقه الإسلامي أن العامل إذا حضر للعمل، ولم يمنعه عن العمل إلا سبب راجع إلىٰ صاحب العمل - كان له الحق في الأجر، أما إذا كان المانع لعذر من غير صاحب العمل، فلا أجر له. فقد نصت المادة (324) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة علىٰ أنه: «يستحق الأجير الخاص الأجر بتسليم نفسه في المدة وإن لم يعمل». وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة ما يأتي: «إذا سلم الأجير الخاص نفسه في مدة الإجارة، استحق الأجر المسمىٰ وإن لم يعمل، بشرط أن يتمكن من العمل، فلو سلم نفسه ولم يتمكن منه لعذر من غير صاحب العمل كمطر ونحوه - لا أجر له كما في المعراج عن الذخيرة، أما إذا كان المانع من صاحب العمل، فله الأجر وإن لم يعمل أيضًا».

ونصت المادة (425) من المجلة علىٰ أن: «الأجير الخاص يستحق الأجرة إذا كان في مدة الإجارة حاضرًا للعمل، ولا يشترط عمله بالفعل، ولكن ليس له أن يمتنع عن العمل، وإذا امتنع فلا يستحق الأجرة».

ونصت المادة (591) من مرشد الحيران علىٰ أن: «يستحق الخادم الأجرة بتسليم نفسه للخدمة وتمكنه منها سواء خدم أو لم يخدم، وكذلك الأستاذ إذا استؤجر لتعليم علم أو فن أو صنعة وعينت المدة، يستحق الأجرة بتسليمه نفسه وتمكنه من التعليم، سواء علم التلميذ أو لم يعلم، فإن كانت المدة غير معينة، فلا يستحق الأجرة إلا إذا علم التلميذ».

مادة (683): يجب علىٰ كل من العامل وصاحب العمل، إلىٰ جانب الالتزامات المبينة في المواد السابقة، أن يقوم بالالتزامات التي تفرضها القوانين الخاصة.

هذه المادة تشمل ما تنص عليه المادتان (689 و693) من التقنين الحالي، وعلة

ورودها أن أحكام المشروع في عقد العمل تقتصر علىٰ الأصول العامة، فكان لا بد من الإحالة علىٰ القوانين الخاصة بالنسبة إلىٰ المسائل التفصيلية والتطبيقية التي شملتها أحكام قانون العمل، باعتبار أن أحكامها عرضة من وقت إلىٰ آخر لتعديلات يقتضيها تطور الحركة العمالية وتباين أوجه نشاطها في الأزمنة المختلفة، ومن أهم ما يحال عليه في ذلك التزامات كل من العامل وصاحب العمل.

(3) انتهاء عقد العمل:

مادة (684):

1- إذا كان عقد العمل معين المدة، انتهىٰ من تلقاء ذاته بانقضاء مدته.

2- فإذا استمر الطرفان في تنفيذ العقد بعد انقضاء مدته، اعتبر الإيجار قد تجدد لمدة غير معينة، ويعتبر التجديد كذلك لمدة غير معينة ولو حصل بتعاقد جديد يشمل شروطًا جديدة.

هذه المادة مستمدة من المادة (679) من التقنين الحالي والمادتين، فالمادة (679) من التقنين المدني الحالي تنص علىٰ ما يأتي:

«1- إذا كان عقد العمل معين المدة، انتهىٰ من تلقاء نفسه بانقضاء مدته.

2- فإذا استمر طرفاه في تنفيذ العقد بعد انقضاء مدته، اعتبر ذلك منهما تجديدًا للعقد لمدة غير معينة».

والمادة (71/ أولاً (أ) و(ب)) من قانون العمل تنص على ما يأتي:

«**تنقضي علاقة العمل لأحد الأسباب الآتية:**

أولًا: (أ) انتهاء مدة العقد إذا كان محدد المدة.

(ب) انتهاء الموسم إذا كان العمل موسميًّا».

والمادة (72) من قانون العمل تنص على ما يأتي:

«إذا كان العقد محدد المدة واستمر الطرفان في تنفيذه بعد انقضاء مدته - اعتبر العقد مجددًا لمدة غير محددة».

ويعتبر التجديد لمدة غير محددة أيضًا، ولو حصل بتعاقد جديد يشمل شروطًا

جديدة.

ويستثنىٰ من ذلك الأعمال العرضية والمؤقتة والموسمية.

ولا تسري الأحكام المتقدمة علىٰ عقود عمل الأجانب».

انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 943 في مجموعة الأعمال التحضيرية، ج 5/ ص 122 و123).

فبمقتضىٰ الفقرة الثانية من المادة المقترحة إذا تجدد العقد معين المدة، فإنه يتحول إلىٰ عقد غير معين المدة، وذلك سواء كان التجديد صريحًا أو ضمنيًّا، فقد رئي أن يضاف إلىٰ حكم التقنين المدني الحالي ما زاد عليه في قانون العمل، وذلك لتوقي ما قد يحصل من تحايل صاحب العمل عن طريق استخدام العمال فترات متقطعة بعقود محددة المدة تنتهي بانتهاء مدتها تهربًا من قيود إنهاء العقد غير محدد المدة. (انظر المذكرة الإيضاحية للقانون رقم (94) لسنة 1962، النشرة التشريعية مايو 1962 ص 1182).

وبهذا فإن حكم المادة المقترحة يتفق مع ما يقضي به قانون العمل. والمادة المقترحة تقابل المادة (915) من التقنين العراقي التي تطابق المادة (679) من التقنين المصري الحالي.

وتقابل المادة (288/ 1) من التقنين الأردني.

وفي الفقه الإسلامي ينتهي عقد العمل بانقضاء مدته، كذلك يتجدد العقد تجديدًا ضمنيًّا إذا استمر الطرفان في تنفيذه بعد انقضاء مدته، ولكن لمدة مماثلة وليس لمدة غير معينة، وهذا الحل يتفق مع الأصل في تجديد العقد، أما التجديد الصريح، فيكون لمدة مماثلة ما لم يشترط غير ذلك.

مادة (685):

1- إذا أبرم العقد لتنفيذ عمل معين، انتهىٰ بانتهاء العمل المتفق عليه.

2- فإذا استمر الطرفان في تنفيذ العقد بعد انتهاء العمل المتفق عليه، اعتبر العقد قد تجدد تجديدًا ضمنيًّا المدة اللازمة للقيام بالعمل ذاته مرة أخرىٰ.

هذه المادة تتفق مع المادة (680) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1 – إذا أبرم العقد لتنفيذ عمل معين، انتهىٰ بانقضاء العمل المتفق عليه.

2 – فإذا كان العمل قابلًا بطبيعته لأن يتجدد، واستمر تنفيذ العقد بعد انتهاء العمل المتفق عليه – اعتبر العقد قد تجدد تجديدًا ضمنًا المدة اللازمة للقيام بالعمل ذاته مرة أخرىٰ».

وقد عدلت الفقرة الثانية من هذه المادة بحيث حذف منها العبارة الأولىٰ التي تقول: «فإذا كان العمل قابلًا بطبيعته لأن يتجدد»؛ وذلك لأن اشتراط قابلية العمل للتجدد شرط لا جدوىٰ منه (قارن مع ذلك المذكرة الإيضاحية للمادة القابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 944) في مجموعة الأعمال التحضيرية، ج 5/ ص 125).

والفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة تتفق مع المادة (71/ أولًا (جـ)) من قانون العمل التي تنص علىٰ ما يأتي:

«**تنقضي علاقة العمل لأحد الأسباب الآتية:**

أولًا: (جـ) انتهاء العمل العرضي أو المؤقت».

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (916) من التقنين العراقي التي تطابق المادة (680) من التقنين المصري الحالي.

وتقابل المادة (828/ 1) من التقنين الأردني.

وفي الفقه الإسلامي ينتهي عقد العمل بانتهاء العمل المتفق عليه، كذلك يتجدد العقد تجديدًا ضمنيًّا إذا استمر تنفيذ العقد بعد انتهاء العمل المتفق عليه، وذلك للمدة اللازمة للقيام بالعمل ذاته مرة أخرىٰ، وهذا يتفق مع الأصل في التجديد الضمني، سواء في القانون الوضعي أو في الفقه الإسلامي.

مادة (686):

1 – إذا لم تعين مدة العقد بالاتفاق أو بنوع العمل أو بالغرض منه – جاز لكل من المتعاقدين إنهاء العقد، ويجب في استعمال هذا الحق أن يسبقه إخطار.

2 – ومدة الإخطار تحددها القوانين الخاصة، وإلا فيتبع في شأنها ما ينص عليه العقد أو يقضي به العرف الجاري في الجهة أو في المهنة، فإن لم يوجد اتفاق أو

عرف تولىٰ القاضي تحديد مدة معقولة للإخطار في ضوء الظروف، وخاصة طبيعة عمل العامل ومركزه ومدة خدمته.

3- وكل شرط في عقد العمل غير المعين المدة، يعدل مواعيد الإخطار التي حددتها القوانين أو العرف، يكون باطلًا ولا يعمل به إلا إذا كان في مصلحة العامل.

هذه المادة تقابل النصوص الآتية:

(1) **المادة (694) فقرة ثانية من التقنين المدني الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي**: «فإن لم تعين مدة العقد بالاتفاق أو بنوع العمل أو بالغرض منه - جاز لكل من المتعاقدين أن يضع حدًّا لعلاقته مع المتعاقد الآخر، ويجب في استعمال هذا الحق أن يسبقه إخطار، وطريقة الإخطار ومدته تبينهما القوانين الخاصة».

(2) المادة (960) فقرة رابعة من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «أما طريقة الأخطار ومدته فتبينهما القوانين الخاصة، أو يتبع في شأنها العرف الجاري في الجهة أو في المهنة».

(3) المادة (960) فقرة خامسة من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «كل شرط في عقد العمل غير المحدد المدة، يعدل مواعيد الإخطار التي حددتها القوانين أو العرف - يكون باطلًا ولا يعمل به إلا إذا كان في مصلحة العامل».

والمادة (960) من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي تقابل المادة (694) من هذا التقنين.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة (960) من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 5/ ص 163).

ويلاحظ أن قانون العمل الحالي - علىٰ خلاف القانون السابق - لم يرد فيه نص يتعلق بعقد العمل غير المعين المدة، وحق كل من الطرفين في إنهائه بإرادته المنفردة، وإنما عني ببيان أن العامل لا يجوز فصله إلا في الحالات التي يخل فيها بأحد التزاماته، وهي الحالات التي يجوز فيها فسخ عقد العمل من جانب صاحب العمل، وهذا يسري علىٰ عقد العمل سواء كان معين المدة، أو غير معين المدة.

فقد نصت المادة (61) من قانون العمل علىٰ أنه: «لا يجوز فصل العامل إلا إذا ارتكب خطأً جسيمًا، ويعتبر من قبيل الخطأ الجسيم الحالات الآتية:...».

ومقتضىٰ هذا أن العقود غير المعينة المدة الخاضعة لقانون العمل لا يجوز لصاحب العمل إنهاؤها بإرادته المنفردة، ما دام أنه ليس هناك إخلال من جانب العامل بالتزاماته يبرر الفسخ طبقًا للمادة (61) من هذا القانون.

وعليه فإن المادة المقترحة يقتصر نطاق تطبيقها علىٰ عقود العمل التي تخضع للتقنين المدني دون العقود التي تخضع لقانون العمل، وذلك باعتبار أن التقنين المدني هو الشريعة العامة في هذا الصدد.

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (917) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (828/ 2) من التقنين الأردني.

وفي الفقه الإسلامي يعتبر العقد غير معين المدة عقدًا غير لازم، فيكون لكل من المتعاقدين إنهاؤه مع الإخطار؛ إذ القاعدة أن العقد لا ينتهي في هذه الحالة إلا بإعلام المتعاقد الآخر، كما جاء في قواعد ابن رجب (القاعدة رقم 62، ص 117).

أما ما تقضي به الفقرة الثالثة من المادة المقترحة، فيقصد به حماية مصلحة كل من الطرفين، وهو مقصد تهتم به الشريعة الإسلامية.

مادة (687):

1- إذا كان العقد قد أبرم لمدة غير معينة، وأنهاه أحد المتعاقدين دون مراعاة لميعاد الإخطار، أو قبل انقضاء هذا الميعاد - لزمه أن يعوض المتعاقد الآخر عن مدة هذا الميعاد، أو عن المدة الباقية منه، ويشمل التعويض - فوق الأجر المحدد الذي كان يستحق خلال هذه المدة - جميع ملحقات الأجر التي تكون ثابتة ومعينة، مع مراعاة ما تقضي به القوانين الخاصة.

2- وإذا أنهي العقد بتعسف من أحد المتعاقدين كان للمتعاقد الآخر، إلىٰ جانب التعويض الذي يكون مستحقًا له بسبب عدم مراعاة ميعاد الإخطار - الحق في تعويض ما أصابه من ضرر بسبب إنهاء العقد إنهاءً تعسفيًا.

3- ويكون باطلًا كل اتفاق علىٰ تعديل ما يترتب من أثر ومن جزاء علىٰ إنهاء العقد دون إخطار أو علىٰ إنهائه إنهاءً تعسفيًّا، ما لم يكن هذا التعديل في مصلحة العامل.

هذه المادة تقابل النصوص الآتية:

(أ) المادة (695) من التقنين المدني الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- إذا كان عقد العمل قد أبرم لمدة غير معينة، ونقضه أحد المتعاقدين دون مراعاة لميعاد الإخطار، أو قبل انقضاء هذا الميعاد - لزمه أن يعوض المتعاقد الآخر عن مدة هذا الميعاد، أو عن المدة الباقية منه، ويشمل التعويض فوق الأجر المحدد الذي كان يستحق خلال هذه المدة جميع ملحقات الأجر التي تكون ثابتة ومعينة، مع مراعاة ما تقضي به القوانين الخاصة.

2- وإذا فسخ العقد بتعسف من أحد المتعاقدين كان للمتعاقد الآخر، إلىٰ جانب التعويض الذي يكون مستحقًّا له بسبب عدم مراعاة الإخطار - الحق في تعويض ما أصابه من ضرر بسبب فسخ العقد فسخًا تعسفيًّا، ويعتبر الفصل تعسفيًّا إذا وقع بسبب حجوز أوقعت تحت يد رب العمل، أو وقع هذا الفصل بسبب ديون يكون هذا العامل قد التزم بها للغير».

(ب) المادة (961/ 4) من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي «ويكون باطلًا كل اتفاق علىٰ تعديل ما يترتب من أثر ومن جزاء علىٰ إنهاء العقد دون إخطار، أو علىٰ إنهائه تعسفيًّا، ما لم يكن هذا التعديل في مصلحة العامل، وذلك فيما عدا الحالة المنصوص عليها في المادة 963».

والمادة (961) من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي تقابل المادة (695) من هذا التقنين.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة (961) من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 5/ ص 166 - 168).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (918) من التقنين العراقي.

واستحقاق التعويض طبقًا للمادة المقترحة هو ما يراه الفقه الإسلامي؛ إذ القاعدة في هذا الفقه أن «التفاسخ في العقود الجائزة متىٰ تضمن ضررًا علىٰ أحد المتعاقدين أو غيرهما ممن له تعلق بالعقد، لم يجز ولم ينفذ، إلا أن يمكن استدراك الضرر بضمان أو نحوه، فيجوز علىٰ ذلك الوجه» (قواعد ابن رجب: القاعدة الستون، ص 111).

مادة (688):

1- يجوز الحكم بالتعويض عن الفصل التعسفي ولو لم يصدر هذا الفصل من صاحب العمل، إذا كان هذا الأخير قد دفع العامل بتصرفاته - وعلىٰ الأخص بمعاملته الجائرة - أو مخالفته شروط العقد إلىٰ أن يكون هو في الظاهر الذي أنهىٰ العقد.

2- ونقل العامل إلىٰ مركز أقل ميزة أو ملاءمة من المركز الذي كان يشغله لغير ما ذنب جناه - لا يعد عملًا تعسفيًّا بطريق غير مباشر إذا اقتضته مصلحة العمل، ولكنه يعد كذلك إذا كان الغرض منه الإساءة إلىٰ العامل.

3- ويراعي القاضي في تقدير التعويض عن الفصل التعسفي العرف الجاري، وطبيعة الأعمال التي تم التعاقد عليها، ومدة خدمة العامل أو المستخدم مع مقارنتها بسنه، وما استقطع منه أو دفعه من مبالغ لحساب التقاعد، وبوجه عام جميع الظروف التي قد يتحقق معها وقوع الضرر ويتحدد مداه.

الفقرتان الأولىٰ والثانية من هذه المادة تطابقان المادة (696) من التقنين الحالي، والفقرة الثالثة منها مستمدة من المادة (962) من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (تقابل المادة (696) من التقنين الحالي) التي تنص علىٰ ما يأتي: «علىٰ القاضي أن يراعي في جواز الحكم بالتعويض عن الفصل التعسفي، وفي تقدير هذا التعويض، العرف الجاري وطبيعة الأعمال التي تم التعاقد عليها، ومدة خدمة العامل أو المستخدم مع مقارنتها بسنه، وما استقطع منه أو دفعه من مبالغ لحساب المعاش، وبوجه عام جميع الظروف التي قد يتحقق معها وقوع الضرر ويتحدد مداه».

وقد نصت المادة (37) من قانون العمل علىٰ ما يأتي: «لا يجوز لصاحب العمل أن

ينقل عاملًا بالأجر الشهري إلىٰ فئة عمال المياومة، أو العمال المعينين بالأجر الأسبوعي، أو بالساعة، أو بالقطعة، إلا بموافقة العامل كتابة، ويكون للعامل في حالة الموافقة علىٰ نقله جميع الحقوق التي كسبها في المدة التي قضاها بالأجر الشهري».

ونصت المادة (54) من هذا القانون علىٰ ما يأتي: «لا يجوز لصاحب العمل أن يخرج علىٰ القيود المشروطة في الاتفاق، أو أن يكلف العامل يعمل غير متفق عليه، إلا إذا دعت الضرورة إلىٰ ذلك، منعًا لوقوع حادث، أو لإصلاح ما نشأ عنه، أو في حالة القوة القاهرة، علىٰ أن يكون ذلك بصفة مؤقتة، وله أن يكلف العامل بعمل غير المتفق عليه، إذا كان لا يختلف عنه اختلافًا جوهريًّا بشرط عدم المساس بحقوقه المادية».

ونصت المادة (66) من هذا القانون علىٰ ما يأتي: «للعامل الذي يفصل من العمل بغير مبرر أن يطلب وقف تنفيذ هذا الفصل، ويقدم الطلب إلىٰ الجهة الإدارية المختصة التي يقع في دائرتها محل العمل خلال مدة لا تجاوز أسبوعًا من تاريخ إخطار صاحب العمل للعامل بذلك بكتاب مسجل، وتتخذ هذه الجهة الإجراءات اللازمة لتسوية النزاع وديًّا، فإذا لم تتم التسوية تعين عليها أن تحيل الطلب خلال مدة لا تتجاوز أسبوعًا من تاريخ تقديمه إلىٰ قاضي الأمور المستعجلة بالمحكمة التي يقع في دائرتها محل العمل، أو قاضي المحكمة الجزئية المختص بشئون العمل بوصفه قاضيًا للأمور المستعجلة في المدن التي أنشئت أو تنشأ بها هذه المحاكم، وتكون الإحالة مشفوعة بمذكرة من خمس نسخ تتضمن ملخصًا للنزاع وحجج الطرفين وملاحظات الجهة الإدارية المختصة.

وعلىٰ قلم كتاب المحكمة أن يقوم في ظرف ثلاثة أيام من تاريخ إحالة الطلب إلىٰ المحكمة، بتحديد جلسة لنظر طلب وقف التنفيذ في ميعاد لا يتجاوز أسبوعين من تاريخ تلك الإحالة، ويخطر بها العامل وصاحب العمل والجهة الإدارية المختصة، ويرافق الإخطار صورة من مذكرة هذه الجهة، ويكون الإخطار بكتاب مسجل.

وعلىٰ القاضي أن يفصل في طلب وقف التنفيذ في مدة لا تجاوز أسبوعين من تاريخ أول جلسة ويكون حكمه نهائيًّا، فإذا أمر بوقف التنفيذ، ألزم صاحب العمل في الوقت ذاته أن يؤدي إلىٰ العامل مبلغًا يعادل أجره من تاريخ فصله، وعلىٰ القاضي أن يحيل القضية إلىٰ المحكمة المختصة التي يقع في دائرتها محل العمل أو المحكمة المختصة

لنظر شئون العمال في المدن التي توجد بها هذه المحاكم، وعلىٰ هذه المحكمة أن تفصل في الموضوع بالتعويض إذا كان له محل وذلك علىٰ وجه السرعة خلال مدة لا تجاوز شهرًا من تاريخ أول جلسة، وإذا لم يتم الفصل في الدعوىٰ الموضوعية خلال المدة المنصوص عليها في الفقرة السابقة - جاز لصاحب العمل بدلًا من صرف الأجر للعامل أن يودع مبلغًا يعادل الأجر خزانة المحكمة حتىٰ يفصل في الدعوىٰ.

وتخصم المبالغ التي يكون العامل قد استولىٰ عليها تنفيذًا لحكم قاضي الأمور المستعجلة، أو من خزانة المحكمة من مبلغ التعويض الذي يحكم له به أو من أية مبالغ أخرىٰ تكون مستحقة له، ويجب علىٰ المحكمة أن تقضي بإعادة العامل المفصول إلىٰ عمله، إذا كان فصله بسبب نشاطه النقابي.

ويكون عبء إثبات أن الفصل لم يكن لذلك السبب علىٰ عاتق صاحب العمل.

وتطبق القواعد الخاصة باستئناف الأحكام المنصوص عليها في القوانين المعمول بها علىٰ الأحكام الصادرة في الموضوع، ويكون ميعاد الاستئناف عشرة أيام، وعلىٰ المحكمة أن تفصل فيه خلال مدة لا تجاوز شهرًا من تاريخ أول جلسة».

ونصت المادة (67) من هذا القانون علىٰ ما يأتي: «إذا نسب إلىٰ العامل ارتكاب جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة أو أي جنحة داخل دائرة العمل - جاز لصاحب العمل وقفه احتياطيًّا، وعليه أن يعرض الأمر علىٰ اللجنة المشار إليها في المادة (62) خلال ثلاثة أيام من تاريخ الوقف.

وعلىٰ هذه اللجنة أن تبت في الحالة المعروضة خلال أسبوعين من تاريخ تقديم الطلب إليها، فإذا وافقت علىٰ الوقف يصرف للعامل نصف أجره، أما في حالة عدم الموافقة علىٰ الوقف يصرف أجر العامل كاملًا.

فإذا رأت السلطة المختصة عدم تقديم العامل للمحاكمة أو قضت ببراءته - وجب إعادته إلىٰ عمله، وإلا اعتبر عدم إعادته فصلًا تعسفيًّا.

وإذا ثبت أن اتهام العامل كان بتدبير صاحب العمل أو وكيله المسئول - وجب أداء باقي أجره عن مدة الوقف، ويجب علىٰ السلطة المختصة أو المحكمة إذا ما تبين لها هذا التدبير - أن تشير إليه في قرارها أو حكمها.

وكذلك يستحق العامل باقي أجره عن مدة الوقف إذا حكم ببراءته.

وفي هذه الحالة يتعين صرف نصف أجره لحين صدور قرار اللجنة.

فإذا صدر قرار اللجنة بعدم الموافقة علىٰ الفصل أو الإنهاء، وجب أداء النصف الآخر من الأجر للعامل فور عودته، ولا يترتب علىٰ الوقف المساس بحقوق العامل التي يقررها له القانون والعقد.

ولا يعتبر الوقف في هذه الحالة عقوبة تأديبية، سواء وافقت اللجنة علىٰ الفصل أو الإنهاء، أو لم توافق عليه».

والمادة المقترحة تتفق مع المادتين (919 و921) من التقنين العراقي.

والسند الشرعي للفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة: أن الأمور تضاف إلىٰ أسبابها الحقيقية دون الظاهرة، فإذا كان صاحب العمل بسلوكه قد دفع العامل إلىٰ إنهاء العقد، فإن هذا الإنهاء ينسب إلىٰ صاحب العمل.

أما الفقرة الثانية: فسندها أن الأمور تؤخذ بحسب القصد منها، وأما الفقرة الثالثة فسندها أن التعويض يكون بقدر الضرر.

مادة (689):

1- لا ينفسخ عقد العمل بوفاة صاحب العمل، ما لم تكن شخصيته قد روعيت في إبرام العقد، ولكن ينفسخ العقد بوفاة العامل.

2- ويراعىٰ في إنهاء العقد لوفاة العامل، أو لمرضه مرضًا طويلًا، أو لعجزه عن أداء عمله، أو لسبب قاهر آخر من شأنه أن يمنع العامل من الاستمرار في العمل - الأحكام التي نصت عليها القوانين الخاصة.

هذه المادة تطابق المادة (697) من التقنين الحالي، مع استبدال كلمة: «إنهاء» بكلمة «فسخ»، وإضافة عبارة: «أو لعجزه عن أداء عمله» في الفقرة الثانية.

وقد نصت المادة (50) من قانون العمل، بعد أن ذكرت مدة الإجازة المرضية التي يحق للعامل الحصول عليها إذا ثبت مرضه، علىٰ أنه: «لا يجوز لصاحب العمل إنهاء خدمة العامل بسبب المرض إلا بعد استنفاد المدة المشار إليها».

ونصت المادة (91) من هذا القانون علىٰ أنه: «استثناء من حكم المادة السابقة بمنح العامل المريض بالدرن أو الجذام أو بمرض عقلي أو بأحد الأمراض المزمنة إجازة مرضية بأجر كامل إلىٰ أن يشفىٰ، أو تستقر حالته استقرارًا يمكنه من العودة إلىٰ مباشرة عمله، أو يتبين عجزه عجزًا كاملًا عن مزاولة أية مهنة أو عمل.

ويصدر بتحديد هذه الأمراض قرار من وزير الدولة للصحة بالاتفاق مع وزير الدولة للقوىٰ العاملة والتدريب».

ونصت المادة (52) من هذا القانون علىٰ أنه: «مع عدم الإخلال بأحكام قانون التأمين الاجتماعي تثبت عدم اللياقة للخدمة صحيًّا بقرار من الجهة الطبية المختصة، وللعامل أن يثبت عكس ذلك بشهادة طبية، وفي هذه الحالة يجوز لأي الطرفين أن يطلب من الجهة الإدارية المختصة إحالة الموضوع إلىٰ لجنة تحكيم طبي، ينظم تشكيلها وإجراءات عرض النزاع عليها، وتقدير الرسوم المستحقة التي لا يزيد حدها الأقصىٰ علىٰ مائة قرش - قرار من وزير الدولة للقوىٰ العاملة بالاتفاق مع الوزير المختص.

وعلىٰ الجهة الإدارية المختصة إخطار كل من العامل وصاحب العمل أو المنشأة بنتيجة التحكيم الطبي فور وصوله إليها، وعلىٰ كل من الطرفين تنفيذ ما يترتب علىٰ قرار التحكيم من التزامات.

وفي جميع الأحوال لا يجوز فصل العامل أو إنهاء عقده لعدم اللياقة الصحية، إلا طبقًا لما ينص عليه قانون التأمين الاجتماعي المعمول به».

ونصت المادة (71) من هذا القانون علىٰ أنه: «تنقضي علاقة العمل لأحد الأسباب الآتية:

ثانيًا: وفاة العامل حقيقة أو حكمًا، ويكون تقرير وفاة العامل حكمًا بموجب حكم قضائي نهائي.

رابعًا: عجز العامل عجزًا كليًّا عن أداء عمله الأصلي، أو عجزه عجزًا جزئيًّا مستديمًا متىٰ ثبت عدم وجود أي عمل آخر، علىٰ أن يثبت عدم وجود العمل الآخر طبقًا لأحكام قانون التأمين الاجتماعي».

ونصت المادة (73) من هذا القانون علىٰ أنه: «إذا توفي العامل وهو في الخدمة،

يصرف صاحب العمل لأسرته ما يعادل أجر شهرين كاملين، لمواجهة نفقات الجنازة بحد أدنىٰ قدره خمسون جنيهًا، كما يصرف منحة تعادل أجر العامل كاملًا عن الشهر الذي توفي فيه والشهرين التاليين له طبقًا لقواعد قانون التأمين الاجتماعي الصادر بالقانون رقم (79) لسنة 1975.

كما يلتزم صاحب العمل بنفقات تجهيز ونقل الجثة إلىٰ الجهة التي استقدمه منها، ما لم تطلب أسرته نقله إلىٰ جهة أخرىٰ وعلىٰ نفقتها، ويخصم ما تحمله صاحب العمل من مصروفات الجنازة المنصوص عليها في الفقرة السابقة».

والفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة تطابق المادة (923) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (830) من التقنين الأردني.

وانفساخ عقد العمل بوفاة العامل محل إجماع في الفقه الإسلامي لتعذر استيفاء المنفعة، وقد نصت المادة (551) من مجلة الأحكام الشرعية علىٰ أن: «تنفسخ الإجارة بتلف المعقود عليه قبل التمكن من استيفاء النفع، مثلًا: لو استأجر خادمًا لمدة معلومة، فمات الخادم، تنفسخ الإجارة».

ولا ينفسخ عقد العمل بموت صاحب العمل، ما لم يكن شخصيته قد روعيت في إبرام العقد، وقد نصت المادة (601) من مرشد الحيران علىٰ أنه: «إذا ماتت الظئر أو مات رضيعها انفسخت الإجارة، ولا تنفسخ بموت والد الرضيع».

مادة (690):

1- لا تسمع الدعاوىٰ الناشئة عن عقد العمل بانقضاء سنة تبدأ من وقت انتهاء العقد، إلا فيما يتعلق بالعمالة، والنسب المئوية من الأرباح أو الإيراد أو مقدار الإنتاج أو ما شاكل ذلك، فإن المدة فيها لا تبدأ إلا من الوقت الذي يسلم فيه صاحب العمل إلىٰ العامل بيانًا بما يستحقه بحسب آخر جرد.

2- ولا يسري هذا التقادم الخاص علىٰ الدعاوىٰ المتعلقة بانتهاك حرمة الأسرار التجارية، أو بتنفيذ نصوص عقد العمل التي ترمي إلىٰ ضمان احترام هذه الأسرار.

هذه المادة تقابل المادة (698) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- تسقط بالتقادم الدعاوىٰ الناشئة عن عقد العمل بانقضاء سنة تبدأ من وقت انتهاء العقد، إلا فيما يتعلق بالعمالة والمشاركة في الأرباح والنسب المئوية في جملة الإيراد، فإن المدة فيها لا تبدأ إلا من الوقت الذي يسلم فيه رب العمل إلىٰ العامل بيانًا بما يستحقه بحسب آخر جرد.

2- ولا يسري هذا التقادم الخاص علىٰ الدعاوىٰ المتعلقة بانتهاك حرمة الأسرار التجارية، أو بتنفيذ نصوص عقد العمل التي ترمي إلىٰ ضمان احترام هذه الأسرار».

وقد عدلت الفقرة الأولىٰ من هذه المادة بالأخذ بنظام عدم سماع الدعوىٰ الذي اعتمده المشروع بدلًا من نظام سقوط الحق أو الدعوىٰ بالتقادم الذي يأخذ به التقنين الحالي.

كما استبدلت عبارة: «والنسب المئوية من الأرباح أو مقدار الإنتاج أو ما شاكل ذلك»، بعبارة: «والمشاركة في الأرباح والنسب المئوية في جملة الإيراد»، وذلك للتنسيق بين عبارة هذه المادة والعبارة الواردة في المادة (674) من المشروع.

والمادة المقترحة تقابل المادة (831) من التقنين الأردني.

والفقرة الأولىٰ منها تتفق مع المادة (925) من التقنين العراقي.

والسند الشرعي للمادة المقترحة مبدأ عدم سماع الدعوىٰ بمرور الزمان قطعًا للخصومة في أقل وقت ممكن.

الفصل الثالث
الوكالة

(1) أركان الوكالة

مادة (691): الوكالة عقد يقوم الوكيل بمقتضاه بتصرف قانوني لحساب الموكل.

هذه المادة تقابل المادة (699) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل».

ويؤخذ علىٰ نص التقنين الحالي أنه يعرف عقد الوكالة بالتزام يقع علىٰ عاتق الوكيل، مع أن الالتزام أثر للعقد. ويجب أن ينصب التعريف علىٰ محل العقد، وهو العملية القانونية المقصودة منه، كما سبق القول، والعملية القانونية المقصودة من عقد الوكالة هي أن يقوم الوكيل بتصرف قانوني لحساب الموكل، حيث يرتب عقد الوكالة التزامًا أو أكثر بهدف تحقيق العملية القانونية المقصودة من العقد.

ولهذا جاء التعريف في المادة المقترحة علىٰ نحو يتناول فيه محل العقد، وهو إبرام التصرف القانوني، والعنصر الجوهري فيه، وهو أن يكون إبرام التصرف لحساب الموكل.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة (972) من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 5/ ص 190 -192).

والمادة المقترحة تقابل المادة (927) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (833) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (698) من التقنين الكويتي.

والتعريف المقترح لا يخرج عما ذكره الفقه الإسلامي في تعريف الوكالة:

فقد نصت المادة (1449) من المجلة علىٰ أن: «الوكالة تفويض أحد أمره إلىٰ آخر، وإقامته مقامه».

ونصت المادة (892) من مرشد الحيران علىٰ أن: «التوكيل هو إقامة الغير مقام

نفسه في تصرف جائز معلوم».

ونصت المادة (906) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة علىٰ أن: «الوكالة إقامة الغير مقام نفسه في تصرف جائز معلوم يباشره الموكل بنفسه».
وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة أن الوكالة جائزة شرعًا بالكتاب والسنة والإجماع، انظر هذه المذكرة، وراجع: ابن عابدين (ج 4/ ص 415 - 417)، فتح القدير (ج 6/ ص 2 و3).

ونصت المادة (345) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك علىٰ أن: «الوكالة: نيابة شخص لغيره في حق قابل للنيابة، فيه بما يدل عليه عرفًا».

مادة (692): يجب أن يكون الموكل أهلًا لإبرام التصرف الذي وكل فيه.

هذه المادة مستحدثة.

وهي تتفق مع المادة (974/ 1) من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي، التي تنص علىٰ ما يأتي: «يجب أن يكون الموكل أهلًا أن يؤدي بنفسه العمل الذي وكل فيه».
انظر المذكرة الإيضاحية لهذه المادة في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج5/ ص 191 و192).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (930/ 1) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة 834/ 1 (1) من التقنين الأردني.

وتتفق مع المادة (699) من التقنين الكويتي.

وحكمها هو ما يقول به الفقه الإسلامي، فقد نصت المادة (1457) من المجلة علىٰ أنه: «يشترط أن يكون الموكل مقتدرًا علىٰ إيفاء الموكل به...».

ونصت المادة (893) من مرشد الحيران علىٰ أنه: «يشترط لصحة الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف بنفسه فيما وكل به».

ونصت المادة (908) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة علىٰ أنه: «يشترط في الموكل أن يكون أهلًا للتصرف فيما وكل به، وفي الوكيل أن يكون عاقلًا» (راجع: بدائع الصنائع، ج 6 ص 2).

مادة (693): يجب أن يتوافر في الوكالة الشكل الواجب توافره في التصرف القانوني محل الوكالة، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك.

هذه المادة تطابق المادة (700) من التقنين الحالي، وتتفق مع المادة (700) من التقنين الكويتي.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 975) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 5، ص 190-192).

وحكم المادة المقترحة يقره الشرع الإسلامي، ما دام أنه يحول دون الهروب من الشكلية التي لم يفرضها الشارع إلا لحماية مصلحة مشروعة.

مادة (694):

1- الوكالة الواردة في ألفاظ عامة لا تخصيص فيها حتىٰ لنوع التصرف القانوني محل الوكالة، ولا تخول الوكيل صفة إلا في أعمال الإدارة.

2- ويعد من أعمال الإدارة الإيجار الذي لا تزيد مدته علىٰ ثلاث سنين، وأعمال الحفظ والصيانة واستيفاء الحقوق ووفاء الديون، ويدخل فيها أيضًا كل عمل من أعمال التصرف تقتضيه الإدارة، كبيع المحصول وبيع البضاعة أو المنقول الذي يسرع إليه التلف، وشراء ما يستلزمه الشيء محل الوكالة من أدوات لحفظه ولاستغلاله.

هذه المادة تطابق المادة (701) من التقنين الحالي، مع تعديل لفظي في الفقرة الأولىٰ منها.

وتتفق مع المادة (701) من التقنين الكويتي.

والفقرة الأولىٰ منها تتفق مع المادة (837) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (931) من التقنين العراقي.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 977) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 5، ص 197 -199).

وفيما يتعلق بالفقه الإسلامي، انظر ما سيأتي تحت المادة التالية.

مادة (695):

1- لا بد من وكالة خاصة في كل تصرف ليس من أعمال الإدارة، وبوجه خاص في: التبرعات، والبيع، والصلح، والرهن، والإقرار، والتحكيم، وتوجيه اليمين، والمرافعة أمام القضاء.

2- وتصح الوكالة الخاصة في نوع معين من أنواع التصرفات القانونية، ولو لم يعين محل هذا التصرف علىٰ وجه التخصيص، إلا إذا كان التصرف من التبرعات.

هذه المادة تتفق مع المادة (702) فقرة أولىٰ وثانية من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي:

«1- لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة، وبوجه خاص في البيع والرهن والتبرعات والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء.

2- والوكالة الخاصة في نوع معين من أنواع الأعمال القانونية تصح، ولو لم يعين محل هذا العمل علىٰ وجه التخصيص، إلا إذا كان العمل من التبرعات».

وقد أدخلت علىٰ هذه المادة تعديلات لفظية علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 976) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 5، ص 197 - 199).

والمادة المقترحة تطابق المادة (702) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (838) من التقنين الأردني.

وفي الفقه الإسلامي تنقسم الوكالة إلىٰ: وكالة عامة ووكالة خاصة.

فالوكالة العامة - ويقال لها: الوكالة المفوضة -: تشمل جميع التصرفات، حتىٰ أعمال التبرع علىٰ خلاف في الرأي.

والوكالة الخاصة: يتم فيها تعيين التصرف محل الوكالة، فإذا لم تنطو الوكالة علىٰ تفويض للوكيل أو تعيين للتصرف، فإنها تكون باطلة في رأي، وتقتصر علىٰ أعمال الحفظ في رأي آخر. وفيما يلي بعض النصوص في هذا الصدد:

فقد نصت المادة (346) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك علىٰ ما يأتي: «الوكالة نوعان: وكالة مفوضة، وهي تفويض التصرف للوكيل في كل

ما تصح النيابة فيه من الحقوق المالية وغيرها، إلا ما استثناه الموكل منها أو دل العرف علىٰ عدم اندراجه فيها. ووكالة خاصة: وهي تعيين التصرف للوكيل في شيء خاص بنص أو عرف. فإن لم تقيد الوكالة بتفويض ولا بتعيين فإنها تكون باطلة».

وجاء في إيضاح هذه المادة ما يأتي: «الوكالة المفوضة كقول الموكل للوكيل: وكلتك وكالة مفوضة أو في جميع أموري. وما دل العرف علىٰ عدم اندراجه فيها، كالطلاق والنكاح وبيع ما يحتاج إليه الموكل، فإن العرف يدل علىٰ عدم اندراج هذه الأشياء تحت عموم الوكالة، وإنما يفعلها الوكيل بتوكيل خاص. ويسمىٰ الوكيل في هذا النوع بالوكيل المفوض.

والوكالة الخاصة بالنص: كقوله: وكلتك علىٰ بيع داري هذه، أو علىٰ تزويج ابنتي فلانة.

والوكالة الخاصة بالعرف: كقوله: وكلتك علىٰ بيع دوابي. وكان العرف يقتضي تخصيصها، أي: قصرها علىٰ دواب التجارة دون دواب القنية - بكسر القاف وضمها -، ويسمىٰ الوكيل في هذا النوع بالوكيل الخاص.

والوكالة المطلقة: أي: التي لم تقيد بتفويض ولا بتعيين، كقوله: وكلتك، أو أنت وكيلي. بدون ذكر الموكل فيه، وما جرينا عليه في النص من بطلان الوكالة المطلقة هو قول ابن بشير، وهو الذي جرت عليه المراجع التي بأيدينا، وقال ابن يونس وابن رشد بصحتها وحملها علىٰ الوكالة العامة، والقول الأول أظهر؛ لأن الوكالة المطلقة لا تدل عرفًا علىٰ شيء».

المراجع: (القوانين الفقهية، ص: 315)، الشرح الكبير وحاشيته ج 2/ ص: 342).

ونصت المادة (906) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة علىٰ ما يأتي: (الوكالة إقامة الغير مقام نفسه في تصرف جائز معلوم يباشره الموكل بنفسه».

وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة ما يأتي: «التوكيل خاص، وعام كان توكيل في كل شيء عم الكل حتىٰ الطلاق، قال الشهيد: وبه يفتىٰ».

وخصه أبو الليث بغير طلاق وعتاق ووقف، واعتمده في الأشباه، وخصه قاضيخان بالمعاوضات، فلا يلي العتق والتبرعات، وهو المذهب كما في تنوير البصائر، وزواهر الجواهر وبه يفتىٰ، واعتمده في الملتقط فقال: «وأما الهبات والعتاق فلا يكون وكيلًا عند أبي حنيفة خلافًا لمحمد».

والتوكيل يكون في تصرف معلوم، فلو جهل التصرف ثبت الأدنىٰ وهو الحفظ، كأن يقول: وكلتك بمالي».

المراجع: (ابن عابدين: ج 4/ ص 415 –417)، (فتح القدير: ج 6/ ص2 و3).

ونصت المادة (1459) من المجلة علىٰ ما يأتي: «يصح أن يوكل أحد غيره في الخصوصات التي يقدر علىٰ إجرائها بالذات وبإيفاء واستيفاء كل حق متعلق بالمعاملات، مثلًا لو وكل أحد غيره بالبيع والشراء والإيجار والاستئجار والرهن والارتهان والإيداع والاستيداع والهبة والإيهاب والصلح والإبراء والإقرار والدعوىٰ، وطلب الشفعة والقسمة وإيفاء الديون واستيفائها وقبض المال - يجوز، ولكن يلزم أن يكون الموكل به معلومًا».

ونصت المادة (899) من مرشد الحيران علىٰ ما يأتي: «يصح تخصيص الوكالة بتخصيص الموكل به وتعميمها بتعميمه، فمن وكل غيره توكيلًا مطلقًا مفوضًا بكل حق هو له وبالخصومة في كل حق - صحت الوكالة، ولو لم يعين المخاصم به والمخاصم».

ونصت المادة (900) من مرشد الحيران علىٰ ما يأتي: «يصح تفويض الرأي للوكيل، فيتصرف فيما وكل به كيف شاء، ويصح تقييده بتصرف مخصوص».

مادة (696): لا تخول الوكالة الوكيل صفة إلا في مباشرة الأمور المحددة فيها، وما تقتضيه هذه الأمور مع توابع ضرورية وفقًا لما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين ولطبيعة كل أمر وللعرف الجاري.

هذه المادة تقابل الفقرة الثالثة من المادة (702) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «والوكالة الخاصة لا تجعل للوكيل صفة إلا في مباشرة الأمور المحددة فيها، وما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية وفقًا لطبيعة كل أمر وللعرف الجاري».

وقد عدلت هذه المادة بإطلاق الحكم فيها؛ لأن حكمها لا ينطبق فحسب علىٰ الوكالة الخاصة في أعمال التصرف من معاوضات وتبرعات، بل ينطبق كذلك علىٰ الوكالة الخاصة في عمل من أعمال الإدارة والوكالة العامة في جميع أعمال الإدارة، فهو ينطبق علىٰ الوكالة بوجه عام، سواء كانت وكالة خاصة أو وكالة عامة».

وأضيف إليها ما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين؛ لأنها أول ما يرجع إليه في تحديد ما يقتضيه تنفيذ الوكالة من تصرفات وأعمال ضرورية، وعدلت تعديلًا لفظيًّا في بدايتها علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة.

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (703) من التقنين الكويتي.

وحكمها يتفق مع أحكام الفقه الإسلامي، وقد نصت المادة (912) من مرشد الحيران علىٰ أنه: «إذا قيدت الوكالة بقيد، فليس للوكيل بالشراء مخالفته إلا إذا كان خلافًا إلىٰ خير».

(2) آثار الوكالة

1- التزامات الوكيل:

مادة (697):

1- يجب علىٰ الوكيل أن يلتزم في تنفيذ الوكالة حدودها المرسومة، فلا يجاوز هذه الحدود إلا إذا كان في ذلك نفع أكبر لمصلحة الموكل.

2- علىٰ أن للوكيل أن يخرج في تصرفه عن هذه الحدود متىٰ كان من المستحيل عليه إخطار الموكل سلفًا، وكانت ا لظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق علىٰ هذا التصرف، وعليه في هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل بما جاوز به حدود الوكالة.

هذه المادة تتفق مع المادة (703) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز حدودها المرسومة.

2- علىٰ أن له أن يخرج عن هذه الحدود متىٰ كان من المستحيل عليه إخطار الموكل سلفًا، وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق علىٰ هذا

التصرف، وعلىٰ الوكيل في هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل خروجه عن حدود الوكالة».

وقد عدلت صياغة الفقرة الأولىٰ من هذه المادة بحيث أضيف فيها ما يفيد أن للوكيل أن يجاوز حدود الوكالة إذا كان في هذه المجاوزة نفع أكبر لمصلحة الموكل، وهذا حكم بديهي يؤخذ به في ظل نص التقنين الحالي، كما لو وكل شخص آخر في بيع منزل بثمن معين، فباع الوكيل المنزل بثمن أعلىٰ، حيث يصح ذلك وتكون الزيادة من حق الموكل.

كما أدخلت تعديلات لفظية علىٰ الفقرة الثانية علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 978) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 5، ص 206 - 208) والمادة المقترحة تتفق مع المادة (933) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (704) من التقنين الكويتي.

والفقرة الأولىٰ منها تتفق مع المادة (840) من التقنين الأردني.

وأحكام المادة المقترحة تتفق جميعها مع أحكام الفقه الإسلامي.

ففي خصوص الفقرة الأولى من المادة المقترحة:

نصت المادة (1479) من المجلة علىٰ ما يأتي: «إذا قيدت الوكالة بقيد، فليس للوكيل مخالفته، فإن خالف لا يكون شراؤه نافذًا في حق الموكل، ويبقىٰ المال الذي اشترىٰ عليه، ولكن إذا خالف بصورة فائدتها أزيد في حق الموكل، فلا تعد مخالفة معنىٰ، مثلًا لو قال أحد: اشتر لي الدار الفلانية بعشرة آلاف. واشتراها الوكيل بأزيد، فلا يكون شراؤه نافذًا في حق الموكل، وتبقىٰ الدار عليه، وأما إذا اشتراها بأنقص، فيكون قد اشتراها للموكل، كذلك لو قال: اشتر نسيئة. واشترىٰ الوكيل نقدًا، يبقىٰ المال علىٰ الوكيل، وأما لو قال: اشتر نقدًا واشترىٰ الوكيل نسيئة، يكون قد اشتراه للموكل».

ونصت المادة (1501) من المجلة علىٰ ما يأتي: «ليس للوكيل أن يبيع بلا رهن ولا كفيل إذا قال له الموكل: بع بالكفيل أو بالرهن».

ونصت المادة (1495) من المجلة علىٰ ما يأتي: «ليس للوكيل أن يبيع بأنقص مما

عينه الموكل، يعني إذا كان الموكل قد عين ثمنًا فليس للوكيل أن يبيع بأنقص من ذلك، وإذا باع فينعقد البيع موقوفًا علىٰ إجازة موكله، ولو باعه بنقصان الثمن بلا إذن الموكل وسلم المال إلىٰ المشتري - فللموكل أن يضمنه ذلك المال».

ونصت المادة (1470) من المجلة علىٰ ما يأتي: «إذا خالف الوكيل في الجنس، يعني: لو قال الموكل: اشتر من الجنس الفلاني. واشترىٰ الوكيل من غيره فلا يكون نافذًا في حق الموكل، وإن كانت فائدة الشيء الذي اشتراه أزيد، يعني: يبقىٰ المال الذي اشتراه الوكيل عليه ولا يكون مشترىٰ للموكل».

ونصت المادة (912) من مرشد الحيران علىٰ ما يأتي: «إذا قيدت الوكالة بقيد، فليس للوكيل بالشراء مخالفته إلا إذا كان خلافًا إلىٰ خير، فإن عين الموكل الثمن، واشترىٰ الوكيل بأكثر منه، فلا ينفذ علىٰ موكله مطلقًا سواء كان وكيلًا بشراء معين أو غير معين، وإن اشترىٰ بأقل منه، فإن كان وكيلًا بشراء معين نفذ علىٰ الموكل، وإن كان وكيلًا بشراء غير معين فلا ينفذ علىٰ الموكل ما لم تكن قيمة ما اشتراه قدر الثمن المعين، أو يكون قد وصفه له بصفة فاشترىٰ بتلك الصفة بأقل من ذلك الثمن المعين، فإنه ينفذ علىٰ الموكل».

ونصت المادة (913) من مرشد الحيران علىٰ ما يأتي: «إذا عين الموكل قدر الثمن لوكيله بشراء معين، وأمره أن يشتريه به حالًا، فاشتراه به نسيئة - لزم الموكل، ولو أمره أن يشتريه نسيئة فاشتراه به حالًا لزم الوكيل. وإن عين قدر الثمن لوكيله بشراء غير معين، وأمره أن يشتري به حالًا فاشترىٰ به نسيئة - لزم الوكيل، ولو أمره أن يشتريه نسيئة فاشترىٰ به حالًا، لزم الموكل وإن كان السعر معروفًا عند الناس، كثمن الخبز واللحم، فلا ينفذ علىٰ الموكل إلا بثمن المثل».

ونصت المادة (924) من مرشد الحيران علىٰ ما يأتي: «للوكيل بالبيع أن يأخذ رهنًا أو كفيلًا علىٰ المشتري بما باعه منه نسيئة، ولو لم يأمره الموكل بذلك، وإن أمره الموكل أن لا يبيع نسيئة إلا برهن أو كفيل، فليس له مخالفته، وإن خالف لا ينفذ بيعه علىٰ الموكل».

ونصت المادة (1232) من مجلة الأحكام الشرعية على ما يأتي:

«الوكيل في البيع بثمن مؤجل لو باع به حالًا صح ما لم ينهه، وكذا الوكيل بالشراء بثمن حال لو اشترىٰ به مؤجلًا ما لم ينهه».

ونصت المادة (1233) من مجلة الأحكام الشرعية علىٰ ما يأتي: «بيع الوكيل بثمن زائد عن ثمن المثل، أو عما قدره له الموكل - صحيح، والزائد للموكل».

ونصت المادة (1236) من مجلة الأحكام الشرعية على ما يأتي:

«شراء الوكيل بأقل من الثمن بالمقدر أو من ثمن المثل صحيح، إلا إذا نهاه الموكل، وكذا شراؤه بأكثر من ذلك، ولكن يضمن ما زاد عنها».

وفي خصوص الفقرة الثانية من المادة المقترحة:

نصت المادة (1241) من مجلة الأحكام الشرعية علىٰ ما يأتي: «الوكيل في البيع لشخص معين لا يصح بيعه لغيره، إلا إن علم الوكيل ولو بقرينة ألا غرض للموكل في المعين».

مادة (698):

1- يجب علىٰ الوكيل أن يبذل في تنفيذ الوكالة عناية الشخص العادي.

2- ومع ذلك، إذا كانت الوكالة بغير أجر، وجب علىٰ الوكيل أن يبذل في تنفيذها العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة، دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الشخص العادي.

3- ولا يجوز الاتفاق علىٰ ما يخالف هذه الأحكام.

هذه المادة تقابل المادة (407) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- إذا كانت الوكالة بلا أجر، وجب علىٰ الوكيل أن يبذل في تنفيذها العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة، دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد.

2- فإن كانت بأجر، وجب علىٰ الوكيل أن يبذل دائمًا في تنفيذها عناية الرجل المعتاد».

وقد أدخلت على هذه المادة التعديلات الآتية:

1- جعلت الفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة لتقرير القاعدة العامة في هذا الصدد،

باعتبار أن الأصل في الوكالة أن تكون مأجورة بحسب ما أخذ به المشروع في المادة (704) منه.

2- صيغت الفقرة الثانية باعتبار أن الوكالة غير المأجورة تأتي استثناءً من الأصل.

3- أضيفت فقرة ثالثة تقضي بعدم جواز الاتفاق علىٰ ما يخالف قواعد المسئولية في الفقرتين السابقتين؛ حيث أخذ بعكس الحكم المستقر فقهًا، والذي يقضي بأن القواعد في مسئولية الوكيل لا تتعلق بالنظام العام، فيجوز الاتفاق علىٰ ما يخالفها، فبمقتضىٰ الفقرة المضافة لا يجوز الاتفاق علىٰ تشديد مسئولية الوكيل، كأن يشترط الموكل عليه ضمان الربح في الصفقة التي يعقدها، فيكون الوكيل مسئولًا عن الخسارة حتىٰ لو كان سببها قوة قاهرة، ولا يجوز التخفيف من هذه المسئولية، كما لو كانت الوكالة مأجورة، واشترط الوكيل ألا يكون مسئولًا إلا عن عنايته الشخصية، بشرط ألا تزيد عن عناية الشخص العادي، ولا يجوز الإعفاء من هذه المسئولية، كأن يشترط الوكيل عدم مسئوليته عن خطئه، وهذا كله تطبيقًا للمادة (229) من المشروع التي لا تجيز الاتفاق علىٰ أن يتحمل المدين تبعة القوة القاهرة، أو علىٰ إعفائه من المسئولية المترتبة علىٰ عدم تنفيذ التزامه التعاقدي؛ إذ إن مثل هذا الاتفاق ينافي مقتضىٰ العقد.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 979) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 5، ص 207).

والمادة المقترحة تقابل المادة (934) من التقنين العراقي التي تتفق مع المادة (704) من التقنين المصري الحالي.

وتقابل المادة (841) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (705) من التقنين الكويتي التي تتفق مع المادة (704) من التقنين المصري الحالي.

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (349) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك علىٰ ما يأتي: «يجب علىٰ الوكيل أن يفعل ما فيه مصلحة الموكل فيما وكله عليه، فإذا وكله علىٰ بيع أو شراء، وجب عليه أن يتحرىٰ في بيعه وشرائه مصلحة الموكل.

وأن يلتزم ما عينه له من ثمن أو سلعة أو سوق أو زمان، ويلتزم البيع والشراء بثمن المثل عند عدم تعيين الثمن، فإن اشترىٰ شيئًا معيبًا مع علمه به، أو خالف ما عين له أو خالف ثمن المثل - خير الموكل بين قبول البيع أو الشراء، وبين رده. وفي حالة رده للشراء يلزم الوكيل ما اشتراه، وليس له رده علىٰ بائعه، إلا أن يعلم البائع أن الوكيل خالف موكله فله رده عليه». (راجع: الشرح الصغير وحاشيته ج 2/ ص 202، 203).

وجاء في القواعد لابن رجب (القاعدة 45 ص: 64) أن: «الوكيل إذا تعدىٰ فالمشهور أن وكالته لا تنفسخ، بل تزول أمانته، ويصير هذا هو المشهور، علىٰ هذا فإنما يضمن ما وقع فيه التعدي خاصة» «إذن في التصرف ما استئمان، فإذا زال أحدهما لم يزل الآخر، هذا هو المشهور». علىٰ هذا فإنما يضمن ما وقع فيه التعدي خاصة.

مادة (699): علىٰ الوكيل أن يوافي الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه في تنفيذ الوكالة، وأن يقدم له حسابًا عنها، ما لم تقض طبيعة المعاملة أو الظروف أو الاتفاق بغير ذلك.

هذه المادة تتفق مع المادة (705) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «علىٰ الوكيل أن يوافي الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه في تنفيذ الوكالة، وأن يقدم له حسابًا عنها».

وقد أضيف إلىٰ هذه المادة حالات يعفىٰ الوكيل فيها من تقديم الحساب، وذلك إذا كانت طبيعة المعاملة أو الظروف أو الاتفاق تعفي من تقديم حساب، وهذه الحالات يؤخذ بحكمها في ظل نص التقنين الحالي.

فقد تقضي طبيعة المعاملة بعدم تقديم حساب، إذا كان التصرف محل الوكالة لا يحتمل تقديم حساب عنه، كما إذا وكل شخص شخصًا آخر في الإقرار عنه بدين، فأمضىٰ الوكيل الإقرار. أو كانت الوكالة في بيع شيء معين دون قبض ثمنه، أو كانت الوكالة في الزواج أو في الطلاق.

وقد تقضي الظروف بالإعفاء من تقديم حساب؛ نظرًا إلىٰ ما هنالك من صلة بين الموكل والوكيل، كما لو كانت هذه الصلة صلة زوجية أو قرابة يفهم منها أن الموكل قد

أعفىٰ الوكيل من تقديم حساب.

وقد يتفق الموكل مع الوكيل علىٰ عدم تقديم حساب، فإذا أعطىٰ الموكل الوكيل مخالصة أبرأ فيها ذمة الوكيل دون أن يطلب منه تقديم حساب - كان هذا اتفاقًا ضمنيًّا علىٰ عدم تقديم حساب.

والمادة المقترحة تطابق المادة (706) من التقنين الكويتي.

وتتفق مع المادة (936) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (856) من التقنين الأردني.

وحكمها يسلم به الشرع الإسلامي، لأنه من مقتضيات عمل الوكيل الذي يعمل لحساب الموكل، فهذا العمل يقتضي من الوكيل أن يطلع الموكل عما وصل إليه في تنفيذ الوكالة، وأن يقدم له حسابًا عنها.

مادة (700): ليس للوكيل أن يستعمل مال الموكل لصالح نفسه، وإلا وجب عليه أن يعوض الموكل تعويضًا عادلًا يقدره القاضي في ضوء الظروف الملابسة.

هذه المادة تقابل المادة (706) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي:

«1- ليس للوكيل أن يستعمل مال الموكل لصالح نفسه.

2- وعليه فوائد المبالغ التي استخدمها لصالحه من وقت استخدامها، وعليه أيضًا فوائد ما تبقىٰ في ذمته من حساب الوكالة من وقت أن يعذر».

وقد حذفت الفقرة الثانية من هذه المادة؛ جريًا علىٰ خطة المشروع في تحريم الربا.

وأضيف إلىٰ الفقرة الأولىٰ ما يفيد التزام الوكيل بأن يعوض الموكل تعويضًا عادلًا إذا استعمل مال الموكل لصالح نفسه. وهذا التعويض يراعي القاضي في تقديره جميع الظروف الملابسة؛ إذ إن علىٰ الوكيل أن يرد كل ما كسبه لحساب الموكل، سواء عمل الوكيل لحساب الموكل، أو عمل باسمه الشخصي، فإذا لم يرد الوكيل ما لديه من مال للموكل، وتصرف فيه أو استعمله لصالح نفسه - فإنه يكون قد أثرىٰ علىٰ حساب الموكل بلا سبب، وهذا الإثراء يكون من حق الموكل؛ لأنه ماله أو ثمرة ماله. ومن ناحية أخرىٰ، فإن الموكل في هذه الحالة يكون قد حرم من استعمال ماله والإفادة منه،

وقد تفوته صفقة رابحة بسبب هذا الحرمان، فيلحقه الضرر من جراء ذلك، فجميع هذه الظروف ونحوها مما يلابس موقف كل من الوكيل والموكل - يراعيها القاضي في تقديره للتعويض.

وهذا الحكم يتسق مع ما تقضي به المادة (236) من المشروع، التي تنص علىٰ أنه: «إذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود، وتأخر المدين في الوفاء به - جاز للدائن أن يطالب بتعويض الضرر الذي لحقه بسبب هذا التأخير».

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (707) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (937) من التقنين العراقي التي تطابق المادة (706) من التقنين المصري الحالي.

وحكم المادة المقترحة يتفق مع أحكام الفقه الإسلامي، فقد نصت المادة (1216) من مجلة الأحكام الشرعية علىٰ ما يأتي: «لا تبطل الوكالة بتعدي الوكيل في العين الموكل بالتصرف فيها. مثلًا لو وكله في بيع ثوب أو دابة، فلبس الثوب أو ركب الدابة - لم تبطل الوكالة وإنما يصير ضامنًا بذلك».

ونصت المادة (934) من مرشد الحيران علىٰ ما يأتي: «إذا قبض الوكيل بالبيع الثمن، كان في يده أمانة، فلا يضمنه إلا إذا تعدىٰ عليه أو قصر في حفظه».

مادة (701):

1- إذا تعدد الوكلاء، كانوا مسئولين بالتضامن، متىٰ كانت الوكالة غير قابلة للانقسام، أو كان الضرر الذي أصاب الموكل نتيجة خطأ مشترك.

2- ومع ذلك لا يسأل الوكلاء، ولو كانوا متضامنين، عما فعله أحدهم إذا جاوز حدود الوكالة أو تعسف في تنفيذها.

هذه المادة تتفق مع الفقرة الأولىٰ من المادة (707) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «إذا تعدد الوكلاء، كانوا مسئولين بالتضامن، متىٰ كانت الوكالة غير قابلة للانقسام، أو كان الضرر الذي أصاب الموكل نتيجة خطأ مشترك، علىٰ أن الوكلاء ولو كانوا متضامنين، لا يسألون عما فعله أحدهم مجاوزًا حدود الوكالة أو متعسفًا في

تنفيذها».

وقد أفرد لهذا النص مادة مستقلة من فقرتين؛ لأنه يتعلق بتضامن الوكلاء في المسئولية، وهي مسألة تختلف عن تلك التي تتناولها الفقرة الثانية من المادة (707) من التقنين الحالي، وهي اجتماع الوكلاء أو انفرادهم بالعمل. كما أدخلت عليه تعديلات لفظية علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 982) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 5/ ص 213 و124).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (709) من التقنين الكويتي.

والسند الشرعي لحكم المادة المقترحة من قيام التضامن بين الوكلاء علىٰ خلاف الأصل إذا كانت الوكالة غير قابلة للانقسام - هو ما تفرضه طبيعة الأشياء، كما لو وكل شخص وكيلين في شراء منزل معين؛ إذ لا يتصور في هذه الحالة أن ينفرد كل وكيل بالعمل؛ لأن صفقة البيع لا تتجزأ ويجب علىٰ الوكيلين أن يعملا مجتمعين، ويكونا مسئولين بالتضامن قبل الموكل في جميع التزاماتهم، سواء في تنفيذ الوكالة بالعناية الواجبة، أو في تقديم الحساب للموكل، أو في رد ما للموكل في أيديهم.

كذلك يقوم التضامن بين الوكلاء، فتقع عليهم المسئولية جميعًا، إذا صدر منهم خطأ مشترك أدىٰ إلىٰ إلحاق الضرر بالموكل، فما داموا قد أخطئوا جميعًا، فإنهم يسألون جميعًا، كل منهم مسئولية كاملة قبل الموكل؛ لأن المخطئ يتحمل شرعًا تبعة خطئه، والتضامن هنا علىٰ خلاف الأصل لا تفرضه طبيعة الأشياء، وإنما هو بمقتضىٰ النص، وهو أمر يملكه ولي الأمر رعايةً لمصلحة الموكل؛ إذ التصرف علىٰ الرعية منوط بالمصلحة (م 58 المجلة).

أما إذا انفرد الوكيل بفعل جاوز فيه حدود الوكالة، أو تعسف في تنفيذها - فإنه يتحمل وحده تبعة خطئه، حتىٰ لو كان هناك تضامن بين الوكلاء، وفي هذا تقول الآية الكريمة: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ [الأنعام: 164].

مادة (702):

1 - إذا تعدد الوكلاء، وعينوا جميعًا في عقد واحد دون أن يرخص في انفراد أي منهم

في العمل - كان عليهم أن يعملوا مجتمعين، إلا إذا كان العمل مما لا يحتاج فيه إلىٰ تبادل الرأي، كالوفاء بدين أو رد وديعة.

2- وإذا عين الوكلاء في عقود متفرقة، كان لأي منهم أن ينفرد بالعمل، ما لم يشترط عليهم الموكل أن يعملوا مجتمعين.

هذه المادة تتفق مع الفقرة الثانية من المادة (707) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «وإذا عين الوكلاء في عقد واحد دون أن يرخص في انفرادهم في العمل، كان عليهم أن يعملوا مجتمعين، إلا إذا كان العمل مما لا يحتاج فيه إلىٰ تبادل الرأي كقبض الدين أو وفائه».

ورغم أن الصورة العكسية لهذا الحكم يمكن استخلاصها من هذا النص بمفهوم المخالفة، فقد رئي إكمال الحكم بإضافة هذه الصورة العكسية في الفقرة الثانية من المادة المقترحة.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 982) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 5/ ص 213 و214).

وقد ذكرت هذه المذكرة الصورتين الواردتين في المادة المقترحة.

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (938) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (842) من التقنين الأردني.

وتتفق مع المادة (708) من التقنين الكويتي.

وأحكام المادة المقترحة تتفق مع أحكام الفقه الإسلامي:

فقد نصت المادة (902) من مرشد الحيران علىٰ ما يأتي: «إذا وكل وكيلين بعقد واحد، فليس لأحدهما أن ينفرد بالتصرف فيما وكل به، إلا إذا كان لا يحتاج فيه إلىٰ الرأي كإيفاء الدين ونحوه، أو كان لا يمكن اجتماعهما عليه كالخصومة، فإنه يجوز لكل منهما الانفراد وحده بشرط رأي الآخر في الخصومة لا حضرته، فإن وكلهما بعقدين جاز لكل منهما الانفراد بالتصرف مطلقًا».

ونصت المادة (936) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي

حنيفة علىٰ ما يأتي: «لا يجوز تصرف أحد الوكيلين وحده فيما وكلا به، إذا كان توكيلهما بكلام واحد، إلا في الخصومة ومع رأي الآخر».

ويجوز لأحدهما أن يتصرف وحده فيما لا يختلف الرأي فيه، أو كان توكيل كل منهما منفردًا».

(ابن عابدين: ج 4، ص 426 و427)، (مجمع الأنهر ج 2، ص 239 و240).

ونصت المادة (257) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك علىٰ ما يأتي: «يجوز لأحد الوكلاء بعقود متعددة أن يستقل بالتصرف فيما وكلوا عليه، إلا أن يشترط عليهم الموكل عدم الاستقلال، فلا يجوز له أن يستقل بالتصرف، ولا يلزم الموكل ما يستقل به، فإن وكلهم بعقد واحد، فليس لأحدهم أن يستقل بالتصرف إلا أن يجعل الموكل لهم ذلك.

وإذا كان لوكلاء البيع حق الاستقلال وتعدد بيعهم لشيء واحد - فالبيع الأول هو الذي ينفذ إن علم، إلا أن يقبضه المشتري الثاني بغير علم من البائع والمشتري بالبيع الأول، فإنه يقضي به للمشتري الثاني، فإن جهل زمن البيع أو باعوا في زمن واحد، كان المبيع مشتركًا بين الجميع، إلا أن يقبضه أحدهم فيختص به».

وتسري أحكام الفقرة الثانية علىٰ تعدد البيع من الموكل ووكيله بشيء واحد.

(الشرح الصغير وحاشيته: ج 2/ ص 207)، (حاشية الشرح الكبير: ج3/ ص 253).

ونصت المادة (1465) من المجلة علىٰ ما يأتي: «إذا وكل أحد شخصين علىٰ أمر، فليس لأحدهما وحده التصرف في الخصوص الذي وكلا به، ولكن إن كان قد وكلا لخصومة أو لرد وديعة، أو إيفاء دين، فلأحدهما أن يوفي الوكالة وحده، وأما إذا وكل أحد آخر لأمر، ثم وكل غيره رأسًا علىٰ ذلك الأمر، فأيهما أوفىٰ الوكالة جاز».

مادة (703):

1- إذا أناب الوكيل عنه غيره في تنفيذ الوكالة، دون أن يكون مرخصًا له في ذلك - كان مسئولًا عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه، ويكون الوكيل ونائبه في هذه الحالة متضامنين في المسئولية.

2- أما إذا رخص للوكيل في إقامة نائب عنه دون أن يعين شخص النائب - فإن الوكيل لا يكون مسئولًا عن خطئه في اختيار نائبه، أو عن خطئه فيما أصدره له من تعليمات.
3- ويجوز في الحالتين السابقتين للموكل ونائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة علىٰ الآخر.

هذه المادة تطابق المادة (708) من التقنين الحالي.

وتقابل المادة (939) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (843) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (710) من التقنين الكويتي.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 983) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 5/ ص 214)، ولاحظ في هذه المذكرة أنها تقول: في حالة ما إذا كانت الإنابة غير مرخص فيها - وفقًا للفقرة الأولىٰ - أن: «الوكيل يكون «مسئولًا عن خطأ نائبه مسئولية المتبوع عن التابع». والصحيح أن الوكيل يكون مسئولًا عن خطأ نائبه مسئولية عقدية عن الغير.

وبمقتضىٰ المادة المقترحة، فإن للوكيل أن ينيب عنه غيره إذا رخص له الموكل في ذلك، وله ذلك أيضًا دون حاجة إلىٰ ترخيص من الموكل، ومن ثم تكون القاعدة طبقًا لهذه المادة أن للوكيل أن ينيب عنه غيره، ما لم يمنعه الموكل من ذلك، فإذا منعه وأناب الوكيل مع ذلك عنه غيره، فإن الإنابة تكون باطلة.

أما في الفقه الإسلامي، فلا يجوز للوكيل أن ينيب عنه غيره إلا بإذن الموكل، فإذا أذنه الموكل أصبح نائب الوكيل وكيلًا للموكل، حتىٰ إنه لا ينعزل بعزل الوكيل.

فقد نصت المادة (1466) من المجلة علىٰ ما يأتي: «ليس للوكيل أن يوكل غيره في الخصوص الذي وكل به، إلا أن يكون قد أذنه الموكل بذلك، أو قال له: اعمل برأيك. فعلىٰ هذا الحال للوكيل أن يوكل غيره، ويصير الشخص الذي وكله الوكيل بهذا الوجه وكيلًا للموكل، ولا يكون وكيلًا لذلك الوكيل، حتىٰ لا ينعزل الوكيل الثاني بعزل الوكيل الأول أو بوفاته».

ونصت المادة (901) من مرشد الحيران علىٰ ما يأتي: «إذا كان الأمر مفوضًا لرأي الوكيل، جاز له أن يوكل به غيره، ويعتبر الوكيل الثاني وكيلًا عن الموكل، فلا ينعزل الوكيل الثاني بعزل الوكيل الأول ولا بوفاته».

ونصت المادة (937) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة علىٰ ما يأتي: «ليس للوكيل توكيل غيره فيما وكل به، إلا إذا أذن له الموكل أو فوضه إلىٰ رأيه».

كما نصت المادة (938) من هذا المشروع علىٰ ما يأتي: «إذا وكل الوكيل غيره بإذن موكله، صار الوكيل الثاني وكيلًا للموكل الأول».

(ابن عابدين: ج 4/ ص 428)، (مجمع الأنهر: ج 2/ ص 240 و241).

ونصت المادة (351) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك علىٰ ما يأتي: «لا يجوز للوكيل غير المفوض أن يوكل غيره علىٰ ما وكل فيه بغير إذن موكله، إلا أن يكثر ما وكل عليه فيجوز له أن يوكل غيره علىٰ سبيل المعاونة له، لا علىٰ سبيل الاستقلال بالتصرف، فإن كان مفوضًا، جاز له توكيل غيره مطلقًا».

(الشرح الكبير وحاشيته: ج 3/ ص 349)، (الشرح الصغير: ج 2/ ص 204).

ونصت المادة (1225) من مجلة الأحكام الشرعية على ما يأتي:

«للوكيل أن يوكل غيره فيما يعجز عنه لكثرته، وفيما لا يتولاه مثله بنفسه عرفًا دون إذن موكله صراحة، أن أذن له الموكل في التوكيل، فله أن يوكل فيما عدا ذلك أيضًا».

كما نصت المادة (1226) من هذه المجلة علىٰ ما يأتي: «ليس للوكيل أن يوكل غير أمين، فإذا وكل أمينًا فخان، فعليه عزله، وإلا كان مفرطًا، لكن إذا عين له الموكل شخصًا، فيجوز توكيله مطلقًا، أمينًا كان أو خائنًا».

2- التزامات الموكل:

مادة (704): 1- تعتبر الوكالة بأجر، ما لم يتفق علىٰ غير ذلك صراحة، أو يستخلص ضمنًا من ظروف الحال.

2- ويخضع الأجر المتفق عليه للوكالة لتقدير القاضي، إلا إذا دفع طوعًا بعد تنفيذ الوكالة.

هذه المادة تقابل المادة (709) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- الوكالة تبرعية، ما لم يتفق علىٰ غير ذلك صراحة، أو يستخلص ضمنًا من حال الوكيل.

2- فإذا اتفق علىٰ أجر للوكالة، كان هذا الأجر خاضعًا لتقدير القاضي، إلا إذا دفع طوعًا بعد تنفيذ الوكالة».

فالأصل المقرر في التقنين الحالي وفي غيره من التقنينات - أن الوكالة تبرعية، فلا يكون للوكيل أجر إلا إذا اتفق عليه صراحة أو ضمنًا.

ولكن التطور اليوم أدىٰ إلىٰ انتشار الوكالة المأجورة في الحياة العملية، حتىٰ طغت علىٰ الوكالة غير المأجورة، وهي التي يقوم بها القريب أو الصديق مجاملةً، فأصبح الواقع علىٰ عكس ما يقضي به القانون، فطبقًا لهذا الواقع تكون الوكالة في الكثرة الغالبة من الأحوال مأجورة، ما لم يشترط أو يتبين من الظروف أنها غير مأجورة».

لهذا رئي في ضوء الواقع العملي السائد اليوم، أن يؤخذ في المادة المقترحة بعكس الأصل المقرر في التقنين الحالي، فبمقتضىٰ هذه المادة يكون الأصل في الوكالة أنها بأجر، ما لم يتفق علىٰ غير ذلك صراحة، أو يستخلص ضمنًا من ظروف الحال، فإذا اتفق صراحة علىٰ أن تكون الوكالة بغير أجر، صارت الوكالة من عقود التبرع، ويعدل ذلك أن يكون الاتفاق علىٰ أن الوكالة بدون أجر ضمنيًّا يستخلص من الظروف الملابسة، كأن يتبين من الظروف أن الوكيل قصد القيام بالوكالة دون أجر؛ لصداقة أو قرابة تربطه بالموكل، أو لأن له مصلحة شخصية في القيام بالوكالة ولو بدون أجر.

وكما هو الحكم في التقنين الحالي، فإن مقدار الأجر المتفق عليه يخضع لتقدير القاضي.

والمادة المقترحة تقابل المادة (940) من التقنين العراقي، التي تتفق مع المادة (709) من التقنين المصري الحالي.

وتقابل المادة (711) من التقنين الكويتي، التي تتفق مع المادة (709) من التقنين المصري الحالي.

وتقابل المادة (857) من التقنين الأردني.

وأحكام الفقه الإسلامي - فيما يتعلق باعتبار الوكالة مأجورة أو غير مأجورة - تتفق مع أحكام التقنين المصري الحالي.

فقد نصت المادة (1467) من المجلة علىٰ ما يأتي: «إذا اشترطت الأجرة في الوكالة وأوفاها الوكيل - فيستحقها، وإن لم تشترط، ولم يكن الوكيل ممن يخدم بالأجرة، فيكون متبرعًا وليس له المطالبة بالأجرة».

ونصت المادة (903) من مرشد الحيران علىٰ ما يأتي: «إذا اشترطت الأجرة في الوكالة، وأوفىٰ الوكيل العمل، فقد استحق الأجرة المسماة أن وقت وقتًا، أو ذكر عملًا معينًا يمكن أن يأخذ في العمل فيه في الحال. وإن لم يشترط، وكان الوكيل ممن يعمل بأجر - فله أجر المثل، وإلا فلا».

مادة (705): علىٰ الموكل أن يرد للوكيل ما أنفقه في تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد، وذلك مهما كان حظ الوكيل من النجاح في تنفيذ الوكالة، فإذا اقتضىٰ تنفيذ الوكالة أن يقدم الموكل للوكيل مبالغ للإنفاق منها في شئون الوكالة - وجب علىٰ الموكل أن يقدم هذه المبالغ إذا طلب الوكيل ذلك.

هذه المادة تطابق المادة (710) من التقنين الحالي، مع حذف عبارة: «مع الفوائد من وقت الاتفاق»، التي وردت بعد عبارة: «ما أنفقه في تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد»، وذلك جريًا علىٰ خطة المشروع في تحريم الربا.

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (858) من التقنين الأردني.

وتتفق مع المادة (712) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (1/941) من التقنين العراقي، التي تطابق المادة (710) من التقنين المصري الحالي.

ويتفق حكم المادة المقترحة مع أحكام الفقه الإسلامي، فقد نصت المادة (1491)

من المجلة علىٰ ما يأتي: «إذا أعطىٰ الوكيل بالشراء ثمن المبيع من ماله وقبضه، فله أن يرجع إلىٰ الموكل، يعني: له أن يأخذ الثمن الذي أعطاه من الموكل. وله أيضًا أن يحبس المال المشترىٰ ويطلب ثمنه من موكله إلىٰ أن يتسلم الثمن، وإن لم يكن قد أعطاء البائع».

وفي هذا المعنىٰ أيضًا: المادة (914) من مرشد الحيران.

مادة (706): يكون الموكل مسئولًا عما أصاب الوكيل من ضرر بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذًا معتادًا، ما لم يكن ذلك ناشئًا عن خطأ من الوكيل.

هذه المادة تتفق مع المادة (711) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «يكون الموكل مسئولًا عما أصاب الوكيل من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذًا معتادًا».

وتتفق مع المادة (859/ 2) من التقنين الأردني.

وتتفق مع المادة (713) من التقنين الكويتي.

وتتفق مع ما هو مقرر في الفقه الإسلامي، فالقاعدة العامة في هذا الفقه - كما هو الشأن في التقنين الوضعي -: أن الضرر يزال (م 20 من المجلة). وذلك بطبيعة الحال ما لم يكن الضرر ناشئًا عن خطأ من المضرور، حيث يتحمل المضرور في هذه الحالة تبعة خطئه.

مادة (707): إذا تعدد الموكلون في عمل مشترك، كانوا متضامنين في التزاماتهم نحو الوكيل، ما لم يتفق علىٰ غير ذلك.

هذه المادة تتفق مع المادة (712) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «إذا وكل أشخاص متعددون وكيلًا واحدًا في عمل مشترك، كان جميع الموكلين متضامنين قبل الوكيل في تنفيذ الوكالة، ما لم يتفق علىٰ غير ذلك».

وتتفق مع المادة (714) من التقنين الكويتي.

والمفروض في حكم النص المقترح أن تكون الوكالة في عمل مشترك، بحيث يعرف

الموكلون المتعددون بعضهم بعضًا، وتكون لهم مصلحة مشتركة في هذا العمل.

فلا ينطبق النص إذا تعدد الموكلون في تصرف معين ليس مشتركًا بينهم؛ حيث يكون كل موكل قد انفرد بتوكيله، فأصبح كل منهم أجنبيًّا عن الآخر، وهذه هي الصورة التي عرض لها الفقه الإسلامي، فنصت المادة (1487) من المجلة علىٰ ما يأتي: «لو وكل شخصان كل منهما علىٰ حدة أحدًا علىٰ أن يشتري شيئًا، فلأيهما قصد الوكيل وأراد عند اشتراء ذلك الشيء يكون له».

مادة (708): تطبق المواد من (89) إلىٰ (92) الخاصة بالنيابة في علاقة الموكل والوكيل بالغير الذي يتعامل مع الوكيل.

هذه المادة تتفق مع المادة (713) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ مايأتي: «تطبق المواد من (104) إلىٰ (107) الخاصة بالنيابة في علاقة الموكل والوكيل بالغير».

وقد عدلت أرقام المواد المحال عليها في هذا النص بما يتفق مع أرقام المواد في المشروع.

انظر في الفقه الإسلامي النصوص المشار إليها تحت المواد من (89) إلىٰ (92) من المشروع.

(3) انتهاء الوكالة:

مادة (709): تنتهي الوكالة بإتمام العمل الموكل فيه، أو بانقضاء الأجل المعين للوكالة، وتنتهي أيضًا بموت الموكل أو الوكيل.

هذه المادة تطابق المادة (714) من التقنين الحالي.

وتتفق مع المادة (946) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (862) من التقنين الأردني.

وتتفق مع المادة (716) من التقنين الكويتي.

وقد عرض الفقه الإسلامي لأسباب انتهاء الوكالة المذكورة في المادة المقترحة وغيرها.

فنصت المادة (1526) من المجلة علىٰ ما يأتي: «تنتهي الوكالة بختام الموكل به، وينعزل الوكيل من الوكالة بالطبع».

ونصت المادة (1527) علىٰ ما يأتي: «ينعزل الوكيل بوفاة الموكل، ولكن إذا تعلق به حق الغير فلا ينعزل».

ونصت المادة (1528) علىٰ ما يأتي: «ينعزل وكيل الوكيل أيضًا بموت الموكل».

ونصت المادة (1529) علىٰ ما يأتي: «الوكالة لا تورث، يعني: إذا مات الوكيل فيزول حكم الوكالة، وبهذا لا يقوم وارث الوكيل مقامه».

ونصت المادة (1530) علىٰ ما يأتي: «تبطل الوكالة بجنون الموكل أو الوكيل».

ونصت المادة (948) من مرشد الحيران علىٰ ما يأتي: «ينعزل الوكيل بخروجه أو خروج الموكل عن الأهلية، وبوفاة الموكل وإن تعلق به حق الغير، إلا في الوكالة ببيع الرهن إذا وكل الراهن العدل أو المرتهن ببيع الرهن عند حلول الأجل، فلا ينعزل بموت الموكل ولا بخروجه عن الأهلية».

ونصت المادة (951) علىٰ ما يأتي: «تنتهي الوكالة بنهاية الشيء الموكل فيه، كما لو وكله بقبض دينه، وقبضه بنفسه».

ونصت المادة (951) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة علىٰ ما يأتي: «ينعزل الوكيل عزلًا حكميًّا بإنجاز ما وكل به» (ابن عابدين: ج 4/ ص 432).

ونصت المادة (952) من هذا المشروع علىٰ ما يأتي: «ينعزل الوكيل بموت الموكل أو بجنون أحدهما جنونًا مطبقًا أو الحكم بلحوقه مرتدًّا، إلا إذا تعلق به حق الغير». (مجمع الأنهر: ج 2/ ص 247 و248).

ونصت المادة (363) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك علىٰ ما يأتي: «ينعزل الوكيل المفوض بموت الموكل أو تفليسه أو عزله له، إن علم بموت الموكل أو تفليسه أو عزله، وينعزل الوكيل غير المفوض بما سبق وبتمام ما وكل عليه، وإذا تصرف الوكيل فيما وكل عليه بعد علمه بموجب انعزاله كان ضامنًا له، وإن تصرف فيه قبل العلم كان تصرفًا نافذًا».

وجاء في إيضاح هذه المادة ما يأتي: «وما جرينا عليه في النص من أن انعزال الوكيل بموت الموكل أو تفليسه أو عزله مشروط بعلمه بما ذكر - هو القول الراجح». (الشرح الصغير وحاشيته: ج 2/ ص 209)، و(الشرح الكبير وحاشيته: ج 3/ ص 356).

ونصت المادة (364) من هذا المشروع علىٰ ما يأتي: «ينعزل وكيل الوكيل بموت الموكل الأصيل أو تفليسه، ويعزل الموكل أو الوكيل له، ولا ينعزل بعزل الوكيل أو موته (الشرح الكبير وحاشيته: ج 3/ ص 349).

ونصت المادة (1204) من مجلة الأحكام الشرعية علىٰ ما يأتي: «يصح توقيت الوكالة كأن يقول: وكلتك شهرًا أو سنة، وأنت وكيلي إلىٰ الوقت الفلاني».

ونصت المادة (1211) علىٰ ما يأتي: «تبطل الوكالة بموت الوكيل أو الموكل، وكذا بجنون أحدهما جنونًا مطبقًا، لكن توكيل من يتصرف لغيره كالوصي والناظر لا تبطل بموته أو جنونه».

ونصت المادة (1215) علىٰ ما يأتي: «تبطل الوكالة بذهاب محلها، مثلًا لو تلفت العين الموكل ببيعها أو رهنها أو إجارتها أو نحو ذلك، فخرجت عن ملك الموكل، أو أقر الوكيل في الخصومة، أو القبض بقبض الموكل بطلب الوكالة».

ونصت المادة (1218) علىٰ ما يأتي: «لا يفتقر انعزال الوكيل بموت الموكل أو عزله إلىٰ علمه بذلك، بل ينعزل من حينه، ولو لم يعلم الوكيل بذلك فلا تصح تصرفاته ويضمن أن تصرف بعده». وهذا الرأي الذي لا يشترط علم الوكيل بالسبب الذي أدىٰ إلىٰ انتهاء الوكالة، وهو الرأي في المذهب الحنبلي - يخالف ما يقول به المذهبان الحنفي والمالكي المذكوران، ويخالف ما هو مأخوذ به في التقنين الحالي.

مادة (710):

1- يجوز للموكل أن يعزل الوكيل في أي وقت أو يقيد وكالته ولو وجد اتفاق يخالف ذلك.

2- علىٰ أنه إذا كان للوكيل أو للغير مصلحة في الوكالة - فإنه لا يجوز للموكل أن يعزل الوكيل أو يقيد الوكالة دون رضاء من له مصلحة في الوكالة.

3- ويلتزم الموكل، بتعويض الوكيل عن الضرر الذي لحقه من جراء عزله في وقت غير مناسب أو بغير مبرر مقبول.

هذه المادة تقابل المادة (715) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- يجوز للموكل في أي وقت أن ينهي الوكالة أو يقيدها، ولو وجد اتفاق يخالف ذلك، فإذا كانت الوكالة بأجر، فإن الموكل يكون ملزمًا بتعويض الوكيل عن الضرر الذي لحقه من جراء عزله في وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول.

2- علىٰ أنه إذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل أو لصالح أجنبي - فلا يجوز للموكل أن ينهي الوكالة أو يقيدها دون رضاء من صدرت الوكالة لصالحه».

وقد أدخلت على هذه المادة التعديلات الآتية:

1- أفردت الفقرة الأولىٰ في المادة المقترحة لتقرير القاعدة العامة في هذا الصدد.

2- جعلت الفقرة الثانية في هذه المادة لتقرير القيد الذي يرد علىٰ حق الموكل في عزل الوكيل أو تقييد وكالته، وقد عبر عن هذا القيد بعبارة: «إذا كان للوكيل أو للغير مصلحة في الوكالة». فهذه أدق من عبارة التقنين الحالي التي تقول: «إذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل أو لصالح أجنبي»؛ لأنه لا يشترط لانطباق حكم القيد أن تتمحض الوكالة لصالح الوكيل أو لصالح الغير، فقد تكون لصالح الموكل والوكيل معًا فينطبق الحكم، كما إذا وكل الشركاء في الشيوع شريكًا منهم في إدارة المال الشائع، حيث تكون الوكالة حينئذ في صالح الموكلين والوكيل.

3- جعلت الفقرة الثالثة في هذه المادة لتقرير التزام الموكل بتعويض الوكيل عن الضرر الذي لحقه من جراء العزل الذي ينطوي علىٰ تعسف، مع إطلاق الحكم، فلا يقتصر علىٰ الوكالة بأجر كما ينص التقنين الحالي، بل يسري سواء كانت الوكالة بأجر أو بغير أجر.

انظر وقارن المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 993) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 5/ ص 234 و235).

والمادة المقترحة تطابق المادة (717) من التقنين الكويتي.

وتتفق مع المادتين (863 و864) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (947) من التقنين العراقي، التي تتفق مع المادة (715) من التقنين المصري الحالي.

وأحكام المادة المقترحة تتفق مع أحكام الفقه الإسلامي.

فالمذهبان الحنفي والحنبلي يخولان الموكل الحق في عزل الوكيل، ما لم تكن للغير مصلحة في الوكالة.

فقد نصت المادة (1521) من المجلة علىٰ ما يأتي: «للموكل أن يعزل وكيله من الوكالة، ولكن إذا تعلق به حق الغير فليس له عزله. كما إذا رهن مديون ماله، حين عقد الرهن أو بعده وكل آخر ببيع الرهن عند حلول أجل الدين، فليس للراهن الموكل عزل ذلك الوكيل بدون رضاء المرتهن. كذلك لو وكل أحد آخر بالخصومة بطلب المدعي ليس له عزله في غياب المدعي». وفي هذا المعنىٰ أيضًا: المادة (947) من مرشد الحيران.

ونصت المادة (948) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة علىٰ ما يأتي: «للموكل أن يعزل وكيله من الوكالة، ما لم يتعلق بالتوكيل حق للغير، ويتوقف انعزاله علىٰ علمه، وتصرفه قبل العلم صحيح».

ونصت المادة (1209) من مجلة الأحكام الشرعية علىٰ ما يأتي: «الوكالة من العقود الجائزة، فلكل من الوكيل والموكل فسخها متىٰ شاء».

ونصت المادة (1210) علىٰ ما يأتي: «تبطل الوكالة بفسخ أحدهما بالقول أو الفعل الدال علىٰ الرجوع عن الوكالة. مثلًا لو وكل في بيع ماله أو رهنه أو وقف داره، ثم تصرف الموكل تصرفًا ينقل الملك قبل تصرف الوكيل - بطلت الوكالة».

أما المذهب المالكي فيفرق في هذا الصدد بين الوكالة بأجر والوكالة بغير أجر.

فقد نصت المادة (365) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك علىٰ ما يأتي: «إذا كانت الوكالة بأجر كانت لازمة لكل من الموكل والوكيل، وإن كانت بغير أجر فلا تكون لازمة، ويكون للموكل عزل وكيله متىٰ شاء، وللوكيل عزل نفسه متىٰ شاء، إلا أن يكون عزل نفسه فيه إضرار بالموكل، أو تكون الوكالة في خصومة،

فليس للموكل عزله قبل تمام الخصومة، وليس للوكيل عزل نفسه قبل تمام ما وكل عليه من خصومة وغيرها». (الشرح الكبير وحاشيته: ج 3/ ص 356 و357).

وفي خصوص التزام الموكل بتعويض الوكيل عن الضرر الذي لحقه من جراء عزله – فإن هذا يتفق مع القواعد العامة في الشرع الإسلامي التي تقضي بأن الضرر يزال. (م 20 من المجلة) وقد أقر الفقه الإسلامي الصورة العكسية، حيث أنكر علىٰ الوكيل عزل نفسه إذا كان في ذلك إضرار بالموكل (م 365 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك المذكورة حالًا).

مادة (711):

1- يجوز للوكيل أن يتنحىٰ عن الوكالة في أي وقت، ولو وجد اتفاق يخالف ذلك.

2- غير أنه لا يجوز للوكيل أن يتنحىٰ عن الوكالة إذا كان للغير مصلحة فيها، إلا إذا وجدت أسباب جدية تبرر ذلك، علىٰ أن يخطر الغير بهذا التنحي، ويمهله وقتًا كافيًا؛ ليتخذ ما يلزم لصيانة مصالحه.

3- ويلتزم الوكيل بتعويض الموكل عن الضرر الذي لحقه من جراء التنحي، في وقت غير ملائم، أو بغير مبرر مقبول.

هذه المادة تقابل المادة (716) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- يجوز للوكيل أن ينزل في أي وقت عن الوكالة، ولو وجد اتفاق يخالف ذلك، ويتم التنازل بإعلانه للموكل، فإذا كانت الوكالة بأجر، فإن الوكيل يكون ملزمًا بتعويض الموكل عن الضرر الذي لحقه من جراء التنازل في وقت غير مناسب، أو بغير عذر مقبول.

2- غير أنه لا يجوز للوكيل أن ينزل عن الوكالة متىٰ كانت صادرة لصالح أجنبي، إلا إذا وجدت أسباب جدية تبرر ذلك، علىٰ أن يخطر الأجنبي بهذا التنازل، وأن يمهله وقتًا كافيًا؛ ليتخذ ما يلزم لصيانة مصالحه».

وقد أدخلت على هذه المادة التعديلات الآتية:

1- أفردت الفقرة الأولىٰ في المادة المقترحة لتقرير القاعدة العامة في هذا الصدد.

2- جعلت الفقرة الثانية في هذه المادة لتقرير القيد الذي يرد علىٰ حق الوكيل في التنحي عن الوكالة، وقد عبر عن هذا القيد بعبارة: «إذا كان للغير مصلحة فيها»، فهذه أدق من عبارة التقنين الحالي التي تقول: «متىٰ كانت صادرة لصالح أجنبي»؛ لأنه لا يشترط لانطباق حكم القيد أن تتمحض الوكالة لصالح الغير، فقد تكون لصالح الموكل والغير معًا، فينطبق الحكم، كما إذا عهد إلىٰ الوكيل بأن يفي بدين للغير في ذمة الموكل من المال الذي لديه لهذا الأخير.

3- جعلت الفقرة الثالثة في هذه المادة لتقرير التزام الوكيل بتعويض الموكل عن الضرر الذي لحقه من جراء التنحي الذي ينطوي علىٰ تعسف، مع إطلاق الحكم، فلا يقتصر علىٰ الوكالة بأجر، كما ينص التقنين الحالي، بل يسري، سواء كانت الوكالة بأجر أو بغير أجر.

انظر وقارن المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 994) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 5/ ص 234 و235).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (718) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (947/ 1 و3) من التقنين العراقي.

وتقابل المادتين (865 و866) من التقنين الأردني.

وأحكام المادة المقترحة تتفق مع أحكام الفقه الإسلامي.

فالمذهبان الحنفي والحنبلي يخولان الوكيل الحق في التنحي عن الوكالة، ما لم تكن للغير مصلحة فيها:

فقد نصت المادة (1522) من المجلة علىٰ ما يأتي: «للوكيل أن يعزل نفسه من الوكالة، ولكن لو تعلق به حق الغير - كما ذكر آنفًا - يكون مجبورًا علىٰ إيفاء الوكالة».

ونصت المادة (949) من مرشد الحيران علىٰ ما يأتي: «للوكيل بالخصومة وشراء معين أن يعزل نفسه من الوكالة، ما لم يتعلق به حق الغير، فيجبر علىٰ إبقاء الوكالة. ويشترط علم الموكل بالعزل، فيكون تصرف الوكيل جائزًا إلىٰ أن يعلم الموكل».

ونصت المادة (949) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي

حنيفة علىٰ ما يأتي: «للوكيل بالخصومة وبشراء المعين عزل نفسه بشرط علم موكله».

انظر أيضًا المادتين (1209 و1210) من مجلة الأحكام الشرعية اللتين تقدم ذكرهما تحت المادة السابقة.

أما المذهب المالكي: فيفرق في هذا الصدد بين الوكالة بأجر والوكالة بغير أجر.

انظر المادة (365) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك التي تقدم ذكرها تحت المادة السابقة.

وفي خصوص التزام الوكيل بتعويض الموكل عن الضرر الذي لحقه من جراء التنحي: انظر المادة (365) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك التي تقدم ذكرها تحت المادة السابقة.

مادة (712): إذا انتهت الوكالة، فتعتبر مع ذلك قائمة في جانب الوكيل، مادام لا يعلم بانتهائها.

هذه المادة مستحدثة.

وهي تتفق مع المادة (995/ 1) من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «تعتبر الوكالة قائمة في جانب الوكيل، حتىٰ لو كانت قد انتهت، مادام لا يعلم بانتهائها». وقد حذفت هذه المادة في لجنة المراجعة. (مجموعة الأعمال التحضيرية: ج 5/ ص 233 و234 في الهامش).

فأيًّا كان سبب انتهاء الوكالة، فإن هذا الانتهاء لا يعتد به في حق الوكيل إلا من وقت علمه به، فتعتبر الوكالة قائمة في جانب الوكيل مادام لا يعلم بانتهائها، كما إذا عزل الموكل الوكيل ولم يخطره بذلك، حيث ينصرف أثر التصرف الذي يبرمه الوكيل قبل الإخطار إلىٰ الموكل.

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (947/ 2) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (865) من التقنين الأردني.

وحكمها مقرر في الفقه الإسلامي:

فقد نصت المادة (1523) من المجلة علىٰ ما يأتي: «إذا عزل الموكل الوكيل،

فيبقىٰ علىٰ وكالته إلىٰ أن يصل إليه خبر العزل، ويكون تصرفه صحيحًا إلىٰ ذلك الوقت».

ونصت المادة (1524) علىٰ ما يأتي: «إذا عزل الوكيل نفسه، فيلزمه أن يعلم الموكل بعزله، وتبقىٰ الوكالة في عهدته إلىٰ أن يعلم الموكل عزله».

ونصت المادة (947/ 1) من مرشد الحيران علىٰ ما يأتي: «للموكل أن يعزل وكيله عن الوكالة متىٰ شاء شفاهًا وتحريرًا، بشرط علم الوكيل، ما لم يتعلق به حق الغير».

ونصت المادة (949) علىٰ ما يأتي: «للوكيل بالخصومة وشراء معين أن يعزل نفسه من الوكالة، ما لم يتعلق به حق الغير، فيجبر علىٰ إبقاء الوكالة، ويشترط علم الموكل بالعزل، فيكون تصرف الوكيل جائزًا إلىٰ أن يعلم الموكل».

ونصت المادة (948) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة علىٰ ما يأتي: «للموكل أن يعزل وكيله من الوكالة ما لم يتعلق بالتوكيل حق الغير، ويتوقف انعزاله علىٰ علمه، وتصرفه قبل العلم صحيح». (مجمع الأنهر: ج 2/ ص 246 و247)، (ابن عابدين: ج 4/ ص 433 و434).

ونصت المادة (949) من هذا المشروع علىٰ ما يأتي: «للوكيل بالخصومة وبشراء المعين عزل نفسه بشرط علم موكله» (ابن عابدين: ج 4/ ص 434).

مادة (713):

1- علىٰ أي وجه كان انتهاء الوكالة، يجب علىٰ الوكيل أن يصل بالأعمال التي بدأها إلىٰ مرحلة لا يخشىٰ معها ضرر علىٰ الموكل.

2- وفي حالة انتهاء الوكالة بموت الوكيل، يجب علىٰ ورثته - إذا توافرت فيهم الأهلية وكانوا علىٰ علم بالوكالة - أن يبادروا إلىٰ إخطار الموكل بموت مورثهم، وأن يتخذوا من التدابير ما تقتضيه الحال لصالح الموكل.

هذه المادة تطابق المادة (717) من التقنين الحالي، مع استبدال عبارة: «إلىٰ مرحلة لا يخشىٰ معها ضرر علىٰ الموكل» في الفقرة الأولىٰ بعبارة: «إلىٰ حالة لا تتعرض معها للتلف».

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 996) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 5/ ص 238).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (719) من التقنين الكويتي.

والفقرة الأولىٰ منها تتفق مع المادة (949) من التقنين العراقي.

وتتفق مع ما جاء في المادة (865) من التقنين الأردني.

والسند الشرعي للمادة المقترحة أن حكمها يهدف إلىٰ المحافظة علىٰ مصلحة الموكل، وهذا من مقاصد الشريعة الإسلامية التي تقوم أحكامها علىٰ تحقيق المصالح المشروعة للناس.



الفصل الرابع
الوديعة

مادة (714): الوديعة عقد يتولىٰ شخص بمقتضاه حفظ مال لشخص آخر.

هذه المادة تقابل المادة (718) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «الوديعة عقد يلتزم به شخص أن يتسلم شيئًا من آخر، علىٰ أن يتولىٰ حفظ هذا الشيء، وعلىٰ أن يرده عينًا».

ويؤخذ علىٰ نص التقنين الحالي أنه يعرف عقد الوديعة بالتزام يقع علىٰ عاتق المودع عنده، مع أن الالتزام أثر العقد، ويجب أن ينصب التعريف علىٰ محل العقد، وهو العملية القانونية المقصودة منه، كما سبق القول، والعملية القانونية المقصودة من عقد الوديعة هي أن يتولىٰ المودع عنده حفظ الوديعة، حيث يرتب عقد الوديعة التزامات ترمي في مجموعها إلىٰ تحقيق العملية القانونية المقصودة من العقد.

ولهذا جاء التعريف في المادة المقترحة علىٰ نحو يتناول فيه محل العقد.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 998) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 5/ ص 242 و243).

والمادة المقترحة تقابل المادة (951) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (868) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (720) من التقنين الكويتي.

وقد جاء تعريف الفقه الإسلامي لعقد الوديعة علىٰ نحو يتفق فيه مع التعريف المقترح، حيث لا يتناول سوىٰ محل العقد.

فقد نصت المادة (793) من مرشد الحيران علىٰ ما يأتي: «**الإيداع:** هو تسليط المالك غيره علىٰ حفظ ماله صراحة أو دلالة. **والوديعة:** هي المال المودع عند أمين لحفظه».

ونصت المادة (840) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي

حنيفة علىٰ ما يأتي: «**الإيداع**: تسليط المالك غيره علىٰ حفظ ماله صراحة أو دلالة. **والوديعة**: ما تترك عند الأمين للحفظ فقط مالًا أو غيره».

وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة ما يأتي: «وقد زيدت كلمة: «فقط» في المادة؛ لتخرج العارية؛ لأنها ما يترك للحفظ والانتفاع معًا». (ابن عابدين: ج 4/ ص 754)، (مجمع الأنهر: ج 2/ ص 337)، (فتح القدير: ج 7/ ص 88 و89).

ونصت المادة (183) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك علىٰ ما يأتي: «الإيداع توكيل علىٰ مجرد حفظ المال، والوديعة هي المال الموكل علىٰ مجرد حفظه، وللمودع استرداد الوديعة متىٰ شاء، وللمودع عنده ردها له متىٰ أراد، إلا إذا عرض ما يقتضي خلاف ذلك فيعمل به».

1- التزامات المودع عنده:

مادة (715):

1- علىٰ المودع عنده أن يتسلم الوديعة.

2- وليس له أن يستعملها دون أن يأذن له المودع في ذلك صراحة أو ضمنًا.

هذه المادة تطابق المادة (719) من التقنين الحالي.

وتتفق مع المادة (731) من التقنين الكويتي.

والفقرة الثانية منها تتفق مع المادة (956/ 1) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (875) من التقنين الأردني.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م999) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 5/ ص 249).

وأحكام المادة المقترحة تتفق مع أحكام الفقه الإسلامي:

فقد نصت المادة (804) من مرشد الحيران علىٰ ما يأتي: «ليس للمستودع أن يستعمل الوديعة، وينتفع بها بدون إذن صاحبها، وإن استعملها بلا إذنه وهلكت في حال استعمالها فعليه ضمانها».

ونصت المادة (805) علىٰ ما يأتي: «ليس للمستودع أن يتصرف في العين المودعة

عنده بإجارة أو إعارة أو رهن بلا إذن صاحبها، فإن فعل ذلك وهلكت في يد المستأجر أو المستعير أو المرتهن، فلمالكها الخيار في تضمين المستودع أو في تضمين المستأجر أو المستعير أو المرتهن».

ونصت المادة (792) من المجلة علىٰ ما يأتي: «كما أنه يسوغ للمستودع استعمال الوديعة بإذن صاحبها، فله أن يؤجرها أو يعيرها لآخر وأن يرهنها أيضًا، وأما لو أجرها أو أعارها لآخر أو رهنها بدون إذن صاحبها، فهلكت أو نقضت قيمتها في يد المستأجر أو المستعير أو المرتهن ضمن».

ونصت المادة (858) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة علىٰ ما يأتي: «يضمن المودع عنده الوديعة إذا خلطها بمال غيره بغير إذن مالكها بحيث لا تتميز، وإذا خلط المودع عنده الوديعة بماله بإذن مالكها، بحيث لا تتميز اشتراكًا».

ونصت المادة (859) علىٰ ما يأتي: «إذا أنفق المودع عنده بعض الوديعة ورد مثله، ثم خلطه بالباقي خلطًا يمنع التمييز – ضمن الكل» (الدر المختار، وحاشية ابن عابدين: ج 4/ ص 761).

ونصت المادة (188) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك علىٰ ما يأتي: «إذا انتفع المودع عنده بالوديعة بغير إذن المودع أو سافر بها مع إمكان إيداعه لها عند أمين، فتلفت أو تعيبت أثناء الانتفاع أو السفر – فإنه يضمنها، فإن سافر بها لعدم وجود أمين يضعها عنده فتلفت أو ضاعت، أو ردها لمحل إيداعها سالمة بعد الانتفاع أو السفر بها فتلفت أو ضاعت بعد ذلك – فلا يضمنها».

ونصت المادة (189) من هذا المشروع علىٰ ما يأتي: «إذا تسلف المودع عنده الوديعة أو اتجر بها بدون إذن من المودع – كان ضامنًا لها ولا يبرأ منها إلا برد مثلها لمحل إيداعها إن كانت مثليًّا، أو يرد قيمتها للمودع لا لمحل إيداعها إن كانت مقومًا، ويكون الربح له في حالة اتجاره بها». (الشرح الصغير وحاشيته: ج 2، ص 220)، (الشرح الكبير وحاشيته: ج 3، ص 373 و378)، (القوانين الفقهية: ص 359).

ونصت المادة (1325) من مجلة الأحكام الشرعية علىٰ ما يأتي: «الوديعة مع الإذن

بالانتفاع بها عارية تجري فيها أحكامها».

ونصت المادة (1358) علىٰ ما يأتي: «ليس للوديع تأجير الوديعة، ولا إعارتها، ولا قرضها، ولا الانتفاع بها إلا بأذن المالك، فإن فعل ذلك كان متعديًا غاصبًا».

مادة (716):

1- يجب علىٰ المودع عنده أن يبذل في حفظ الوديعة العناية التي يبذلها في حفظ ماله، دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الشخص العادي.

2- ومع ذلك، إذا كانت الوديعة بأجر، وجب علىٰ المودع عنده أن يبذل في حفظ الوديعة عناية الشخص العادي.

3- ولا يجوز الاتفاق علىٰ ما يخالف هذه الأحكام.

هذه المادة تقابل المادة (720) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- إذا كانت الوديعة بغير أجر، وجب علىٰ المودع عنده أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله في حفظ ماله، دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد.

2- أما إذا كانت الوديعة بأجر، فيجب أن يبذل في حفظ الوديعة عناية الرجل المعتاد».

وقد أدخلت على هذه المادة التعديلات الآتية:

1- جعلت الفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة لتقرير القاعدة العامة في هذا الصدد، باعتبار أن الأصل في الوديعة أن تكون بغير أجر.

2- صيغت الفقرة الثانية باعتبار أن الوديعة بأجر استثناء من الأصل.

3- **استبدلت عبارة:** «الشخص العادي» بعبارة: «الرجل المعتاد»، كما هو الشأن في جميع مواد المشروع.

4- أضيفت فقرة ثالثة تقضي ببطلان الاتفاق علىٰ ما يخالف الأحكام الواردة في الفقرتين الأولىٰ والثانية، حيث أخذ بعكس الحكم المستقر فقهًا، والذي يقضي بأن القواعد في مسئولية المودع عنده عن حفظ الوديعة - لا تتعلق بالنظام العام، فيجوز الاتفاق علىٰ ما يخالفها. فبمقتضىٰ الفقرة المضافة لا يجوز الاتفاق علىٰ تشديد مسئولية المودع عنده، كأن يشترط المودع مسئولية المودع عنده عن السبب الأجنبي، ولا يجوز

تخفيف مسئولية المودع عنده، كأن يشترط هذا عدم مسئوليته عن أخطاء معينة، ولا يجوز إعفاء المودع عنده من المسئولية، كأن يشترط هذا عدم مسئوليته عن خطئه، وهذا كله تطبيقًا للمادة (229) من المشروع، التي لا تجيز الاتفاق علىٰ أن يتحمل المدين تبعة القوة القاهرة، أو علىٰ إعفائه من المسئولية المترتبة علىٰ عدم تنفيذ التزامه التعاقدي؛ إذ إن مثل هذا الاتفاق ينافي مقتضىٰ العقد.

والمادة المقترحة تقابل المادتين (952/ 1 و953) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (873/ 1) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (722) من التقنين الكويتي.

انظر وقارن المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1000) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 5/ ص 250).

وأحكام المادة المقترحة تتفق في الجملة مع أحكام الفقه الإسلامي:

فقد نصت المادة (798) من مرشد الحيران علىٰ ما يأتي: «يجب علىٰ المستودع أن يعتني بحفظ الوديعة بما يحفظ به ماله، وأن يضعها في حرز مثلها علىٰ حسب نفاستها، وله أن يحفظها بنفسه أو بمن يأتمنه علىٰ حفظ ماله ممن في عياله».

ونصت المادة (800) علىٰ ما يأتي: «الوديعة أمانة لا تضمن بالهلاك مطلقًا، سواء أمكن التحرز أم لا، وإنما يضمنها المستودع بتعديه عليها أو بتقصيره في حفظها».

ونصت المادة (801) علىٰ ما يأتي: «إذا كان الإيداع بأجرة، فهلكت الوديعة أو ضاعت بسبب يمكن التحرر منه - فضمانها علىٰ الوديع».

ونصت المادة (777) من المجلة علىٰ ما يأتي: «الوديعة أمانة في يد الوديع. بناءً عليه إذا هلكت بلا تعدٍّ من المستودع، وبدون صنعه وتقصيره في الحفظ - فلا يلزم الضمان، إلا أنه إذا كان الإيداع بأجرة علىٰ حفظ الوديعة، فهلكت أو ضاعت بسبب يمكن التحرز منه - لزم المتسودع ضمانها...».

ونصت المادة (781) علىٰ ما يأتي: «للمستودع أن يحفظ الوديعة في المحل الذي يحفظ فيه ماله».

ونصت المادة (782) علىٰ ما يأتي: «يلزم حفظ الوديعة في حرز مثلها».

ونصت المادة (184) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك علىٰ ما يأتي: «الوديعة أمانة في يد المودع عنده، فعليه أن يحافظ عليها، وأن يتعهدها بالصيانة مما يخاف عليها منه، فإن أهمل في المحافظة عليها وتعهدها بالصيانة كان ذلك تفريطًا منه يوجب عليه الضمان». (الشرح الكبير: ج 2، ص 392)، (حاشية الشرح الصغير: ج 2، ص 288).

ونصت المادة (190) من هذا المشروع علىٰ ما يأتي: «إذا ضاعت الوديعة أو سرقت من المودع عنده بسبب مخالفته لكيفية حفظها التي اتفق عليها مع المودع، أو التي جرىٰ بها العرف في حفظ مثلها، أو بسبب نسيانه لها في موضع وضعها فيه، أو بدخوله بها في مكان مع تمكنه من وضعها في بيته أو عند أمين قبل دخوله بها - فإنه يضمنها في جميع هذه الحالات». (الشرح الصغير وحاشيته: ج 2، ص 221)، (القوانين الفقهية، ص 359).

ونصت المادة (1346) من مجلة الأحكام الشرعية على ما يأتي:

«يلزم الوديع حفظ الوديعة بنفسه أو وكيله أو من يحفظ ماله عادة كزوجته وعبده وخادمه، فله أن يدفع الدابة لسائس دوابه والأمتعة لخازنه والحلي لزوجته لقيامهم مقامه في الحفظ».

ونصت المادة (1347) علىٰ ما يأتي: «للوديع الاستعانة بالأجانب في الحمل والنقل، حيث جاز له نقل ذلك، وفي سقي الدواب وعلفها وفي رعي المواشي، فلا يعد ذلك تعديًا».

ونصت المادة (1348) علىٰ ما يأتي: «يلزم الوديع حفظ الوديعة في حرز مثلها، والحرز في كل حالة بحسبها».

ونصت المادة (846) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة علىٰ ما يأتي: «اشتراط الضمان في المودع عنده باطل». (ابن عابدين ورد المحتار علىٰ الدر المختار: ج 4، ص 756).

ونصت المادة (185) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك علىٰ ما يأتي: «الأصل في المودع عنده أنه أمين، فلا يضمن الوديعة ولو شرط عليه

ضمانها، إلا إذا فرط فيها وكان بالغًا رشيدًا».

وجاء في إيضاح هذه المادة أن المودع عنده لو شرط عليه ضمان الوديعة ولو بدون تفريط - لا يعمل به؛ لأنه شرط يخرجها عن حقيقتها الشرعية.

مادة (717): ليس للمودع عنده أن ينيب عنه غيره في حفظ الوديعة دون إذن صريح من المودع، إلا أن يكون مضطرًّا إلىٰ ذلك بسبب ضرورة ملجئة عاجلة.

هذه المادة تتفق مع المادة (721) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «ليس للمودع عنده أن يحل غيره محله في حفظ الوديعة دون إذن صريح من المودع، إلا أن يكون مضطرًّا إلىٰ ذلك بسبب ضرورة ملجئة عاجلة».

وقد استبدلت في هذه المادة عبارة: «أن ينيب عنه غيره في حفظ الوديعة» بعبارة: «أن يحل غيره محله في حفظ الوديعة».

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1002) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 5/ ص 250 و251).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (723) من التقنين الكويتي.

وتتفق مع المادة (874/ 1) من التقنين الأردني.

وتقابل المادتين (952/ 2 و958) من التقنين العراقي.

وحكم المادة المقترحة يتفق مع أحكام الفقه الإسلامي:

فقد نصت المادة (191) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك علىٰ ما يأتي: «إذا قام المودع عنده بإيداع الوديعة عند غيره بدون إذن المودع، فتلفت أو ضاعت وهي بيد من أودعها عنده - فعليه ضمانها، إلا أن يكون الغير الذي أودعها عنده ابنًا له أو زوجة اعتاد الإيداع عندهما، أو يثبت بالبينة أنه أودعها عند غيره؛ لضرورة طرأت له - فلا يضمنها». (الشرح الصغير وحاشيته: ج 2، ص 222)، (الشرح الكبير وحاشيته: ج 3، ص 380).

ونصت المادة (803) من مرشد الحيران علىٰ ما يأتي: «لا يحوز للمستودع أن يودع الوديعة عند أجنبي من غير عذر بدون إذن صاحبها، فإن أودعها بلا إذنه، وهلكت بتعدي

المستودع الثاني - فلصاحب الوديعة الخيار إن شاء ضمن المستودع الأول أو الثاني، فإن ضمن الأول فله الرجوع علىٰ الثاني، وإن ضمن الثاني فلا رجوع له علىٰ أحد».

ونصت المادة (790) من المجلة علىٰ ما يأتي: «ليس للمستودع إيداع الوديعة عند آخر بدون إذن، وإذا أودعها فهلكت صار ضامنًا، ثم إذا كان هلاكها عند المستودع الثاني بتقصير أو تعدٍّ منه، فالمودع مخير إن شاء ضمنها للمستودع الأول، وإن شاء ضمنها للثاني، فإن ضمنها للمستودع الأول فيرجع علىٰ الثاني بما ضمنه».

ونصت المادة (791) علىٰ ما يأتي: «إذا أودع المستودع الوديعة عند آخر بإذن المودع، خرج المستودع الأول من العهدة، وصار الثاني مستودعًا».

ونصت المادة (851) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة علىٰ ما يأتي: «يضمن المودع عنده أن حفظ الوديعة بغير عيالة ولم يأذن له المالك». (الدر المختار حاشية ابن عابدين: ج 4، ص 756 و757).

ونصت المادة (867) من هذا المشروع علىٰ ما يأتي: «إذا نهىٰ المودع عنده دفع الوديعة إلىٰ عياله فدفعها إليهم أو إلىٰ أحدهم، وكان يمكن دفعها إلىٰ غيرهم - ضمن».

وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة ما يأتي: «أما إذا نهىٰ المودع عنده عن دفع الوديعة إلىٰ عياله، وكان لا يمكنه الاستغناء عنهم فدفعها إليهم - لا يضمن» (مجمع الأنهر ودر المنتقىٰ: ج 2/ ص 343).

ونصت المادة (1355) من مجلة الأحكام الشرعية على ما يأتي:

«للوديع أن يدفع الوديعة إلىٰ الحاكم أو إلىٰ أجنبي ثقة؛ لعذر كمن حضره الموت، أو خاف عليها من نهب، أو حرق، أو غرق، أو هجوم عدو، أو أراد سفرًا، ولم يجد صاحبها ولا من يقوم مقامه، جاز له دفعها إلىٰ الحاكم، فإن تعذر ذلك دفعها إلىٰ ثقة يحفظها».

ونصت المادة (1357) علىٰ ما يأتي: «ليس للوديع أن يودع الوديعة لدىٰ أجنبي بدون إذن ربها إلا لعذر من الأعذار السالفة في المادتين السابقتين».

وجاء في بداية المجتهد (ج2/ ص 260) ما يأتي: ليس للمودع عنده أن يودع الوديعة غيره من غير عذر، فإن فعل ضمن. وقال أبو حنيفة: إن أودعها عند من تلزمه

نفقته لم يضمن؛ لأنه شبهه بأهل بيته. وعند مالك: أن يستودع ما أودع عند عياله الذين يأمنهم، وهم تحت غلقه، من زوج أو ولد أو أمة أو من أشبههم. وبالجملة فعند الجميع أنه يجب عليه أن يحفظها مما جرت به عادة الناس أن تحفظ أموالهم.

مادة (718):

1- علىٰ المودع عنده - متىٰ انتهىٰ عقد الوديعة - أن يرد الوديعة وما يكون قد قبضه من ثمارها إلىٰ المودع، أو إلىٰ من يخلفه.

2- وترد الوديعة في المكان الذي كان يلزم حفظها فيه، وتكون مصروفات الرد علىٰ المودع.

3- كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بغيره.

هذه المادة تتفق مع المادة (1003) من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي، وهي التي تقابل المادة (722) من هذا التقنين.

وقد كانت المادة (1003) من المشروع التمهيدي تجري على الوجه الآتي:

«1- علىٰ الوديع متىٰ انتهت الوديعة، أن يرد إلىٰ المودع أو إلىٰ من يخلفه الشيء المودع، وما يكون قد قبضه من ثماره.

2- ويرد الشيء في المكان الذي يجب فيه حفظه، وتكون مصروفات الرد علىٰ المودع.

كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك».

انظر المذكرة الإيضاحية لهذه المادة في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 5/ ص 255).

والمادة المقترحة تطابق المادة (724) من التقنين الكويتي.

وتتفق مع المادة (961/ 1) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المواد (876/ 1 و877 و886/ 1) من التقنين الأردني.

وأحكامها تتفق مع أحكام الفقه الإسلامي:

فقد نصت المادة (794) من المجلة علىٰ ما يأتي: «يلزم رد الوديعة لصاحبها إذا طلبها،

ومئونة الرد والتسليم – أي: مصاريفهما وكلفتهما – عائدة إلىٰ المودع. وإذا طلبها المودع فلم يسلمها له المستودع، وهلكت أو ضاعت – ضمنها المستودع، لكن إذا كان عدم تسليمها وقت الطلب ناشئًا عن عذر، كأن تكون حينئذٍ في محل بعيد، ثم هلكت أو ضاعت – فلا يلزم الضمان».

ونصت المادة (797) علىٰ ما يأتي: «يعتبر مكان الإيداع في تسليم الوديعة، مثلًا لو أودع مالًا في إستانبول، يسلم في إستانبول أيضًا، ولا يجبر المستودع علىٰ تسليمه في أدرنه».

ونصت المادة (798) علىٰ ما يأتي: «منافع الوديعة لصاحبها، مثلًا نتاج حيوان الوديعة، أي فلوه ولبنه وشعره لصاحب الحيوان».

ونصت المادة (861) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة علىٰ ما يأتي: «أ– إذا طلب المودع الوديعة بنفسه أو بوكيله، فحبسها المودع عنده ظلمًا وهو قادر علىٰ تسليمها – يكون غاصبًا ويضمن.

ب– وإذا جحدها بعد طلب المودع، يكون غاصبًا ويضمن، ولو أقر بعد ذلك».

ونصت المادة (855) من هذا المشروع علىٰ ما يأتي: «للمودع عنده منع دفع الوديعة لصاحبها إذا قصد بها الإضرار بالغير».

وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة ما يأتي: «إذا قصد المودع أن يسترد الوديعة؛ ليضر بها غيره – فللمودع عنده أن يمنع دفعها إليه، وذلك بأن كانت الوديعة سيفًا مثلًا، أراد بأخذه أن يضرب غيره به، فله منع الدفع حتىٰ يعلم عدوله عن الرأي الأول، وأنه ينتفع به علىٰ وجه مباح». (الدر المختار: ج 4، ص 751).

ونصت المادة (1336) من مجلة الأحكام الشرعية علىٰ ما يأتي: «يلزم الوديع رد الوديعة حين طلب ربها، ويمهل لعذر».

ونصت المادة (1337) علىٰ ما يأتي: «يصح رد الوديعة إلىٰ ربها وإلىٰ وكيله في قبض أمواله، وإلىٰ من يحفظ ماله عادة».

ونصت المادة (1340) علىٰ ما يأتي: «مئونة رد الوديعة وحملها علىٰ مالكها، وليس علىٰ الوديع إلا تمكينه من أخذها».

ونصت المادة (1363) علىٰ ما يأتي: «منع الوديعة عن ربها عند طلبها بلا عذر - يعد موجبًا للضمان».

مادة (719):
1- إذا باع وارث المودع عنده الوديعة وهو حسن النية، فليس عليه لمالكها إلا رد ما قبضه من الثمن أو النزول له عن حقوقه قبل المشتري.
2- وإذاكان تصرف الوارث تبرعًا، فإنه يلتزم بقيمة الوديعة وقت التبرع.

هذه المادة تتفق مع المادة (723) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «إذا باع وارث المودع عنده الشيء المودع وهو حسن النية، فليس عليه لمالكه إلا رد ما قبضه من الثمن، أو التنازل له عن حقوقه علىٰ المشتري، وأما إذا تصرف فيه تبرعًا، فإنه يلتزم بقيمته وقت التبرع».

وقد أدخلت علىٰ هذه المادة تعديلات لفظية علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة، كما جعلت هذه الأخيرة من فقرتين.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م (1004) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 5، ص 255 و256).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (725) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (882) من التقنين الأردني.

وأحكام المادة المقترحة تتفق مع أحكام الفقه الإسلامي:

فقد نصت المادة (801) من المجلة علىٰ ما يأتي: «...وإذا مات المستودع بدون أن يبين حال الوديعة، يكون مجهلًا، فتؤخذ الوديعة من تركته كسائر ديونه».

ونصت المادة (817) من مرشد الحيران علىٰ ما يأتي: «...فإذا مات المستودع جاهلًا حال الوديعة، ولم توجد في تركته ولم تعرفها الورثة - تكون دينًا واجبًا أداؤه من تركته، ويشارك المودع سائر غرماء الوديع فيها».

ونصت المادة (818) علىٰ ما يأتي: «إذا مات المستودع فباع وارثه الوديعة وسلمها للمشتري فهلكت في يده - يخير صاحبها بين أن يضمن البائع أو المشتري قيمتها يوم

البيع والتسليم، إن كانت قيمية، أو مثلها إن كانت مثلية، سواء كان الوارث البائع يعلم أنها وديعة أولًا، وإن كانت الوديعة قائمة في يد المشتري يخير صاحبها إن شاء أخذها ورد البيع، وإن شاء أجاز البيع وأخذ الثمن...».

ونصت المادة (856) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة علىٰ ما يأتي: «يضمن المودع عنده إذا مات مجهلًا، ولم يبين الوديعة» (الدر المختار: ج 4، ص 758 و759).

ونصت المادة (1362) من مجلة الأحكام الشرعية على ما يأتي:

«يضمن الوديع إذا مات مجهلًا للوديعة، فلم يعلم حالها ولم توجد في تركته، وتغرمها التركة كسائر الديون من غير تفضيل».

2 - التزامات المودع:

مادة (720):

1 - تعتبر الوديعة بغير أجر، ما لم يتفق علىٰ غير ذلك صراحة، أو يستخلص ضمنًا من ظروف الحال.

2 - فإذا اتفق علىٰ أجر، وجب علىٰ المودع أن يؤديه وقت انتهاء الوديعة، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك.

هذه المادة تتفق مع المادة (724) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «الأصل في الوديعة أن تكون بغير أجر، فإذا اتفق علىٰ أجر وجب علىٰ المودع أن يؤديه وقت انتهاء الوديعة، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك».

وقد جعلت هذه المادة من فقرتين علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة، وعدلت تعديلًا لفظيًّا، واستكمل حكمها بإضافة الاتفاق الضمني في الفقرة الأولىٰ، وإضافة العرف في الفقرة الثانية.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1005) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 5، ص 260 و261).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (968) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (883) من التقنين الأردني.

وتتفق مع المادة (726) من التقنين الكويتي.

وأحكامها تتفق مع أحكام الفقه الإسلامي:

فقد نصت المادة (797) من مرشد الحيران علىٰ ما يأتي: «ليس للمستودع أن يأخذ أجرة علىٰ حفظ الوديعة، ما لم يشترط ذلك في العقد». رد المحتار رقم: (494)، الهندية رقم: (321).

ونصت المادة (199) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك علىٰ ما يأتي: «ليس للمودع عنده أن يطلب أجرة علىٰ حفظ الوديعة، أو أجرة للمحل الذي وضعت فيه، إلا إذا اشترط ذلك عند الإيداع، أو جرىٰ به عرف خاص، وله أن يطالب بما أنفقه في وسائل حفظها وصيانتها». (الشرح الصغير وحاشيته: ج 2، ص 225)، القوانين (الفقهية، ص 359).

وجاء في بداية المجتهد (ج 2، ص 260) ما يأتي: «لا أجر للمودع عنده علىٰ حفظ الوديعة».

مادة (721): علىٰ المودع أن يرد إلىٰ المودع عنده ما أنفقه في حفظ الوديعة، وعليه أن يعوضه عن كل ما لحقه من ضرر بسبب الوديعة.

هذه المادة تطابق المادة (725) من التقنين الحالي، مع استبدال كلمة: «ضرر» بكلمة: «خسارة».

وتتفق مع المادة (727) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادتين (966 و967 / 2) من التقنين العراقي.

وتقابل المواد (844 و885 و886/ 2) من التقنين الأردني.

وما تقضي به المادة المقترحة من إلزام المودع بنفقات حفظ الوديعة - يتفق مع أحكام الفقه الإسلامي:

فقد نصت المادة (786) من المجلة علىٰ ما يأتي: «الوديعة التي تحتاج إلىٰ النفقة، كالخيل والبقر - نفقتها علىٰ صاحبها...». وفي هذا المعنىٰ أيضًا: المادة (812) من

مرشد الحيران.

ونصت المادة (199) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك علىٰ أن: «للمودع عنده أن يطالب بما أنفقه في وسائل حفظ الوديعة وصيانتها». (الشرح الصغير وحاشيته: ج 2، ص 225)، (القوانين الفقهية: ص 359).

ونصت المادة (1231) من مجلة الأحكام الشرعية علىٰ ما يأتي: «نفقة الوديعة ومئونتها علىٰ مالكها، وكذا أجرة مخزنها وخادمها إن احتاجت لذلك».

كذلك يقر الفقه الإسلامي إلزام المودع بأن يعوض المودع عنده عما لحقه من الضرر بسبب الوديعة، كأن يكون في الشيء المودع عيب خفي، كمرض معدٍ في الحيوان انتقل بالعدوىٰ إلىٰ حيوانات المودع عنده، حيث يجب علىٰ المودع أن يخطر به المودع عنده حتىٰ يتخذ ما يلزم لمنع العدوىٰ، وإلا كان مسئولًا عن تعويض المودع عنده، وذلك طبقًا للقواعد العامة في الضمان.

3- انتهاء الوديعة:

مادة (722): ينتهي عقد الوديعة بانقضاء الأجل المتفق عليه صراحة أو ضمنًا، فإذا لم يتفق علىٰ أجل، كان لكل من الطرفين إنهاء العقد في أي وقت.

هذه المادة مستحدثة.

وهي تقابل المادة (1007) من المشروع التمهيدي للتقنين ا لحالي التي كانت تنص علىٰ ما يأتي:

«1- تنتهي الوديعة بانقضاء الأجل المتفق عليه.

2- فإذا لم يتفق علىٰ الأجل صراحة أو ضمنًا، حدد القاضي أجلًا تنتهي فيه الوديعة، ويكون هذا الأجل مبدأ المدة التي يتقادم بها الالتزام برد الوديعة».

وقد حذفت هذه المادة في لجنة المراجعة؛ اكتفاءً بالمادة (722) من التقنين الحالي (م 1003 من المشروع التمهيدي).

انظر المذكرة الإيضاحية لهذه المادة في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 5، ص 263 في الهامش).

فبمقتضىٰ المادة المقترحة، إذا كان الأجل معينًا في عقد الوديعة، صراحة أو ضمنًا، انتهىٰ العقد بحلوله، وإذا لم يكن معينًا، كان لكل من المودع والمودع عنده أن ينهي العقد في أي وقت.

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (728) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (669/ 1) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (892/ 1) من التقنين الأردني.

وفي الفقه الإسلامي: نصت المادة (774) من المجلة علىٰ ما يأتي: «لكل من المودع والمستودع فسخ عقد الإيداع متىٰ شاء».

ونصت المادة (814) من مرشد الحيران علىٰ ما يأتي: «يجوز لكل من المودع والوديع أن يفسخ عقد الإيداع في أي وقت شاء، ويلزم المستودع أن يرد الوديعة إلىٰ صاحبها».

انظر كذلك المادة (861) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة، وقد تقدم ذكرها.

مادة (723): يجوز للمودع أن يطلب رد الوديعة في أي وقت قبل حلول الأجل، وفي هذه الحالة، إذا كانت الوديعة بأجر، فإنه يجب علىٰ المودع أن يدفع الأجر عما بقي من المدة.

هذه المادة مستحدثة.

وهي تقابل المادة (1008) من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي التي كانت تنص علىٰ ما يأتي: «يجوز للمودع في كل وقت أن يطلب رد الوديعة، إلا أن يكون أجل الوديعة محددًا في مصلحة الوديع، أو يكون مأذونًا في استعمال الوديعة». وقد حذفت هذه المادة في لجنة المراجعة اكتفاءً بالمادة (722) من التقنين الحالي (م 1003 من المشروع التمهيدي).

انظر المذكرة الإيضاحية لهذه المادة في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 5، ص 263 في الهامش).

فبمقتضىٰ المادة المقترحة يجوز للمودع أن ينهي عقد الوديعة في أي وقت قبل حلول الأجل؛ إذ الأصل في الأجل أنه معين لمصلحته، فيجوز له أن ينزل عن حقه، فيطلب رد الوديعة قبل حلول الأجل، غير أنه إذا كانت الوديعة بأجر، فإنه يجب عليه أن يدفع الأجر المتفق عليه.

والمادة المقترحة تتفق مع ما جاء في المادة (969/ 2) من التقنين العراقي.

وتتفق مع ما جاء في المادة (892/ 2) من التقنين الأردني.

وتتفق مع المادة (729) من التقنين الكويتي.

وفي الفقه الإسلامي: انظر المادة (774) من المجلة، والمادة (814) من مرشد الحيران، والمادة (861) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة، وقد تقدم ذكرها.

مادة (724):

1- يجوز للمودع عنده أن يطلب رد الوديعة في أي وقت قبل حلول الأجل، إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع.

2- ومع ذلك، إذا كانت الوديعة دون أجر، وتعذر علىٰ المودع عنده أن يستمر في حفظ الوديعة لأسباب طارئة مشروعة - جاز له أن يرد الوديعة قبل الأجل المتفق عليه.

هذه المادة مستحدثة.

وهي مستمدة من النصين الآتيين:

(1) المادة (722) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«يجب علىٰ المودع عنده أن يسلم الشيء إلىٰ المودع بمجرد طلبه، إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع عنده، وللمودع عنده أن يلزم المودع بتسلم الشيء في أي وقت، إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع».

(2) المادة (1009) من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي، وكانت تنص علىٰ ما يأتي:

«1- إذا كانت الوديعة دون أجر، وتعذر علىٰ الوديع أن يستمر حافظًا للوديعة

لأسباب طارئة مشروعة - جاز له أن يرد الوديعة قبل الأجل المتفق عليه.

2- ويجوز له ذلك أيضًا إذا اتضح من العقد أن تحديد الأجل كان لمصلحته هو».

وقد حذفت هذه المادة في لجنة المراجعة اكتفاءً بالمادة (722) من التقنين الحالي (م 1003 من المشروع التمهيدي).

انظر المذكرة الإيضاحية لهذه المادة في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 5، ص 263 في الهامش).

فالفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة تقرر القاعدة في هذا الصدد، والاستثناء الذي يرد عليها.

والفقرة الثانية تورد قيدًا علىٰ الاستثناء المذكور في الفقرة الأولىٰ، فإذا كانت الوديعة دون أجر، دل هذا علىٰ أن الأجل معين لمصلحة المودع، إلا أنه مع ذلك يجوز للمودع عنده في هذه الحالة أن يرد الوديعة قبل الأجل إذا تعذر عليه لأسباب طارئة مشروعة أن يستمر في حفظ الوديعة.

والمادة المقترحة تقابل المادة (969/ 1 و2) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (892) من التقنين الأردني.

والفقرة الثانية منها تتفق مع المادة (730) من التقنين الكويتي.

وفي الفقه الإسلامي: انظر المادة (774) من المجلة، والمادة (814) من مرشد الحيران، والمادة (861) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة، وقد تقدم ذكرها.

مادة (725): في جميع الأحوال التي يطلب فيها رد الوديعة عند عدم الاتفاق علىٰ أجل، أو قبل حلول الأجل المتفق عليه، يلزم أن يكون طلب الرد في وقت ملائم، وأن يراعىٰ فيه الإخطار في ميعاد كافٍ.

هذه المادة مستحدثة.

وبمقتضاها يجب في جميع الأحوال ألا ينطوي طلب رد الوديعة علىٰ تعسف، وأن تعطىٰ فيه مهلة تكفي لأن يتدبر الطرف الآخر أمره.

وهي تتفق مع المادة (969/ 3) من التقنين العراقي.

وتتفق مع ما جاء في المادة (892/ 1) من التقنين الأردني.

وتتفق مع ما جاء في المادتين (728 و730) من التقنين الكويتي.

وحكمها يقره الفقه الإسلامي الذي يأبىٰ التعسف، كما يأبىٰ أن يفاجأ المتعاقد بطلب قبل أن يتدبر أمره.

مادة (726): ينتهي عقد الوديعة بموت المودع عنده، ويبقىٰ في تركته ما نشأ عنها من التزامات، ما لم يتفق علىٰ غير ذلك.

هذه المادة مستحدثة.

وهي تطابق المادة (1010) من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي.

وقد حذفت في لجنة المراجعة اكتفاءً بالمادة (722) من التقنين الحالي (م 1003 من المشروع التمهيدي).

انظر المذكرة الإيضاحية لهذه المادة في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج5/ ص 263) في الهامش.

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (731) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (970) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (881) من التقنين الأردني.

وفي الفقه الإسلامي: نصت المادة (817) من مرشد الحيران علىٰ ما يأتي:

«إذا مات المستودع ووجدت الوديعة عينًا في تركته، فهي أمانة في يد الوارث، واجب عليه أداؤها لصاحبها، فإذا مات المستودع جاهلًا حال الوديعة، ولم توجد في تركته ولم تعرفها الورثة - تكون دينًا واجبًا أداؤه من تركته، ويشارك المودع سائر غرماء الوديع فيها».

وفي هذا المعنىٰ أيضًا: المادة (801) من المجلة.

انظر كذلك المادة (856) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة، والمادتين (194 و195) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك.

4- بعض أنواع الوديعة:

مادة (727): إذا كانت الوديعة مبلغًا من النقود أو أي شيء آخر مما يهلك بالاستعمال، وكان المودع عنده مأذونًا له في استعماله - اعتبر العقد قرضًا.

هذه المادة تطابق المادة (726) من التقنين الحالي.

انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1011) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 5، ص 266 و267).

والمادة المقترحة تطابق المادة (732) من التقنين الكويتي.

وتطابق المادة (889) من التقنين الأردني.

وتتفق مع المادة (971) من التقنين العراقي.

وحكمها يتفق مع المبادئ المقررة في الفقه الإسلامي؛ إذ القاعدة في هذا الفقه - كما هو الشأن في القانون الوضعي - أن: «العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني». (م 3 من المجلة).

مادة (728):

1- يكون أصحاب الفنادق وما ماثلها، فيما يجب عليهم من عناية بحفظ الأشياء التي يأتي بها النزلاء - مسئولين حتىٰ عن فعل المترددين علىٰ الفندق أو ما ماثله.

2- غير أنهم لا يكونون مسئولين، فيما يتعلق بالنقود والأوراق المالية والأشياء الثمينة، عن تعويض يجاوز مائتين وخمسين جنيهًا، ما لم يكونوا قد أخذوا علىٰ عاتقهم حفظ هذه الأشياء، وهم يعرفون قيمتها، أو يكونوا قد رفضوا دون مسوغ أن يتسلموها عهدة لديهم، أو يكونوا قد تسببوا في وقوع الضرر بخطأ منهم أو من أحد تابعيهم.

3- ولا يجوز الاتفاق علىٰ ما يخالف هذه الأحكام.

هذه المادة تقابل المادة (727) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- يكون أصحاب الفنادق والحانات وما ماثلها، فيما يجب عليهم من عناية بحفظ الأشياء التي يأتي بها المسافرون والنزلاء - مسئولين حتىٰ عن فعل المترددين علىٰ الفندق

أو الخان.

2- غير أنهم لا يكونون مسئولين، فيما يتعلق بالنقود والأوراق المالية والأشياء الثمينة، عن تعويض يجاوز خمسين جنيهًا، ما لم يكونوا قد أخذوا علىٰ عاتقهم حفظ هذه الأشياء، وهم يعرفون قيمتها، أو يكونوا قد رفضوا دون مسوغ أن يتسلموها عهدة في ذمتهم، أو يكونوا قد تسببوا في وقوع الضرر بخطأ جسيم منهم أو من أحد تابعيهم».

وقد أدخلت على هذه المادة التعديلات الآتية:

1- **أدخلت تعديلات لفظية:** ففي الفقرة الأولىٰ حذفت عبارة: «والحانات»؛ لأنها مماثلة للفنادق، كما حذفت عبارة: «أو الخان» في نهاية الفقرة، واستبدلت بها عبارة: «أو ما ماثله» كذلك حذفت كلمة: «المسافرون»؛ لأن كلمة: «النزلاء» تكفي، وفي الفقرة الثانية استبدلت كلمة: «لديهم» بعبارة: «في ذمتهم».

2- فيما يتعلق بالحد الأقصىٰ للتعويض الذي يلتزم به صاحب الفندق في غير الحالات الخاصة المذكورة في النص، عدل هذا الحد من خمسين جنيهًا إلىٰ مائتين وخمسين جنيهًا، وذلك نظرًا إلىٰ الارتفاع الملحوظ في الأسعار عما كان عليه الحال من قبل.

3- عدل حكم الحالة الخاصة المذكورة في نهاية الفقرة الثانية، وذلك بالاكتفاء بأن يكون أصحاب الفنادق قد تسببوا في وقوع الضرر بخطأ منهم، أو من أحد تابعيهم، فلا يشترط أن يكون هذا الخطأ خطأً جسيمًا كما يقضي النص الحالي. فالخطأ في هذه الحالة يكفي للرجوع إلىٰ تطبيق القواعد العامة؛ إذ ليس هناك ما يبرر حينئذٍ اشتراط أن يكون الخطأ خطأً جسيمًا.

4- أضيفت فقرة ثالثة تقضي بعدم جواز الاتفاق علىٰ ما يخالف قواعد المسئولية في الفقرتين السابقتين. وهناك خلاف في الفقه حول جواز هذا الاتفاق، ولكن النص المقترح يقطع بعدم جواز هذا الاتفاق، فبمقتضىٰ الفقرة المضافة لا يجوز الاتفاق علىٰ تشديد مسئولية صاحب الفندق، كأن يتفق علىٰ أن يتحمل تبعة القوة القاهرة، فلا تنتفي بها مسئوليته، ولا يجوز التخفيف من هذه المسئولية، كأن يشترط صاحب الفندق أن يكون التعويض في حدود قدر معين في حالة ما إذا وقع الضرر بخطأ منه، أو من أحد تابعيه.

ولا يجوز الإعفاء من هذه المسئولية، كأن يشترط صاحب الفندق عدم مسئوليته عن فقد الأشياء التي يأتي بها النزلاء، وهذا كله تطبيقًا للمادة (229) من المشروع التي لا تجيز الاتفاق، علىٰ أن يتحمل المدين تبعة القوة القاهرة، أو علىٰ إعفائه من المسئولية المترتبة علىٰ عدم تنفيذ التزامه التعاقدي؛ إذ إن مثل هذا الاتفاق ينافي مقتضىٰ العقد.

انظرالمذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقين الحالي (م 1013) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 5، ص 272 و273).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (972) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (890) من التقنين الأردني.

وتقابل المادتين (733 و735) من التقنين الكويتي.

وفي الفقه الإسلامي: «تعتبر الوديعة أمانة في يد الوديع، يسأل عنها إذا صدر منه تقصير في حفظها». وما يأتي به النزلاء في الفندق من أشياء - يعتبر من قبيل الوديعة الاضطرارية، فيسأل عنها صاحب الفندق، سواء صدر التقصير منه أو من أحد أتباعه، والملحوظ في هذه الوديعة أنها مأجورة، والأجر يدخل ضمن ما يدفعه النزيل لصاحب الفندق عن إقامته، لذلك فإن المسئولية عنها ترتفع إلىٰ مستوىٰ المسئولية المأجورة، وهي أشد من المسئولية عن الوديعة غير المأجورة. (انظر: م 716 من المشروع).

وفي هذا كله نصت المادة (777) من المجلة علىٰ ما يأتي:

«الوديعة أمانة في يد الوديع. بناءً عليه إذا هلكت بلا تعدٍّ من المستودع، وبدون صنعه وتقصيره في الحفظ - فلا يلزم الضمان، إلا أنه إذا كان الإيداع بأجرة علىٰ حفظ الوديعة فهلكت أو ضاعت بسبب يمكن التحرز منه لزم المستودع ضمانها...».

مادة (729):

1- علىٰ النزيل أن يخطر صاحب الفندق بسرقة الشيء أو ضياعه أو تلفه بمجرد علمه بذلك، فإن أبطأ في الأخطار دون مسوغ سقطت حقوقه.

2- ولا تسمع دعوىٰ النزيل قبل صاحب الفندق بعد انقضاء ستة أشهر من اليوم الذي يغادر فيه الفندق.

هذه المادة تقابل المادة (728) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- علىٰ المسافر أن يخطر صاحب الفندق أو الخان بسرقة الشيء أو ضياعه أو تلفه بمجرد علمه بوقوع شيء من ذلك، فإن أبطأ في الإخطار دون مسوغ سقطت حقوقه.

2- وتسقط بالتقادم دعوىٰ المسافر قبل صاحب الفندق أو الخان بانقضاء ستة أشهر من اليوم الذي يغادر فيه الفندق أو الخان».

وقد أدخلت على هذه المادة التعديلات الآتية:

1- أدخلت تعديلات لفظية، فاستبدلت كلمة «النزيل» بكلمة المسافر؛ لأن المقصود هو النزيل، سواء كان لا يزال نزيلًا وقت الإخطار أو كان قد سافر؛ إذ الحكم مرتبط بصفته كنزيل، ولو كان نزيلًا فيما سبق.

2- وحذفت عبارة «أو الخان»؛ لأنه مماثل الفندق.

واستبدلت عبارة «بمجرد علمه بذلك» بعبارة «بمجرد علمه بوقوع شيء من ذلك».

3- أخذ بنظام عدم سماع الدعوىٰ الذي يقول به الفقه الإسلامي بدلًا من نظام سقوط الحق بالتقادم الذي يأخذ به التقنين الحالي، وذلك جريًا علىٰ الخطة التي سار عليها المشروع.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1014) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 5/ ص 273).

والمادة المقترحة تقابل المادة (973) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (891) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (734) من التقنين الكويتي.

والسند الشرعي للفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة: أن حكمها يرمي إلىٰ إلزام المودع بشيء من اليقظة في المحافظة علىٰ حقوقه، وذلك بأن فرض عليه المبادرة إلىٰ إخطار صاحب الفندق بسرقة الشيء أو ضياعه أو تلفه، وهو أمر يحبذه الشرع الإسلامي.

أما حكم الفقرة الثانية من المادة المقترحة، وهو عدم سماع الدعوىٰ بعد انقضاء ستة أشهر من وقت مغادرة الفندق، فهو مما يدخل في سلطة ولي الأمر من تخصيص الانقضاء

بالزمان والمكان.



الفصل الخامس
الحراسة

مادة (730): الحراسة عقد أو حكم يتولىٰ شخص بمقتضاه حفظ وإدارة مال يتهدده خطر عاجل.

هذه المادة تقابل المادة (729) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «الحراسة عقد يعهد الطرفان بمقتضاه إلىٰ شخص آخر بمنقول أو عقار أو مجموع من المال يقوم في شأنه نزاع أو يكون الحق فيه غير ثابت، فيتكفل هذا الشخص بحفظه وبإدارته وبرده مع غلته المقبوضة إلىٰ من يثبت له الحق فيه».

وقد أدخلت على هذه المادة التعديلات الآتية:

1- نص علىٰ أن الحراسة عقد أو حكم بدلًا من الاقتصار علىٰ اعتبارها عقدًا؛ لأن الحراسة كما تقوم بعقد يتم بين طرفين، تقوم أيضًا بحكم يصدر من القضاء، بل إن الغالب في الحياة العملية أن تكون الحراسة بحكم من القضاء.

2- روعي في تعريف الحراسة ذكر عناصرها الجوهرية فحسب، وهي الأركان التي تقوم عليها، وهذه الأركان هي:

(1) العقد الذي يتفق فيه علىٰ الحراسة أو الحكم الذي يصدر بها.

(2) الحارس الذي يعينه الطرفان أو يعينه القاضي.

(3) المال الموضوع تحت الحراسة.

3- روعي في التعريف الاكتفاء بذكر كلمة «مال» بدلًا من ذكر عبارة «منقول أو عقار أو مجموع من المال»؛ لأن هذا التعداد يشمله كله كلمة «مال».

4- روعي أنه لا حاجة إلىٰ أن يشترط في المال الموضوع تحت الحراسة أن «يقوم في شأنه نزاع، أو يكون الحق فيه غير ثابت»؛ إذ يكفي ذلك الشرط العام الذي يجب توافره لفرض الحراسة، سواء كانت اتفاقية أو قضائية، وهو أن يتهدد المال خطر عاجل.

ففي الحراسة الاتفاقية: يفترض توافر هذا الشرط، ما دام الخصوم قد اتفقوا علىٰ

وضع المال تحت الحراسة.

وفي الحراسة القضائية: يتحرىٰ القاضي هذا الشرط بماله من سلطة تقديرية.

والمشروع في هذا لا يخالف أحكام التقنين الحالي؛ حيث يستخلص من مجموع نصوص هذا التقنين أن الشرط العام الواجب توافره في هذا الصدد هو أن يتهدد المال الموضوع تحت الحراسة خطر عاجل، بحيث لا تكون هناك حاجة إلىٰ توافر شرط آخر، فالمادة (729) من هذا التقنين تشترط في المال أن «يقوم في شأنه نزاع، أو يكون الحق فيه غير ثابت». ثم ينتقل الشارع من التخصيص في هذه المادة إلىٰ التعميم في المادة (730) التي تجيز فرض الحراسة القضائية، «إذا كان صاحب المصلحة في منقول أو عقار قد تجمع لديه من الأسباب المعقولة ما يخشىٰ معه خطرًا عاجلًا من بقاء المال تحت يد حائزه». وفي ضوء هذا النص أصبح اشتراط أن يتهدد المال خطر عاجل هو الشرط الوحيد الذي يطلب لفرض الحراسة.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1015) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 5/ ص 277).

والمادة المقترحة تقابل المادة (894) من التقنين الأردني، التي تتفق مع المادة (729) من التقنين المصري الحالي.

وتقابل المادة (736) من التقنين الكويتي.

ويلاحظ أن الحراسة تطبق عليها في الأصل أحكام الوديعة والوكالة بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع الأحكام الواردة في الفصل الخاص بالحراسة، فالحراسة ليست إلا صورة خاصة من صور الوديعة.

ولذلك يغلب علىٰ الحارس صفة المودع عنده لا صفة الوكيل، فهو في الأصل مكلف بحفظ المال، وعليه أن يديره في أثناء ذلك.

ولذلك فإنه في الفقه الإسلامي يرجع إلىٰ نصوص هذا الفقه وقواعده التي تقدم ذكرها في خصوص الوديعة والوكالة، كما يمكن الرجوع إلىٰ النصوص الخاصة بالعدل فيما يتعلق بالرهن.

مادة (731): يكون تعيين الحارس - سواء أكانت الحراسة اتفاقية أم كانت قضائية - باتفاق ذوي الشأن جميعًا، فإذا لم يتفقوا تولىٰ القاضي تعيينه علىٰ أن يكون بقدر المستطاع من بين ذوي الشأن بعد سماع أقوالهم.

هذه المادة تقابل المادة (732) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «يكون تعيين الحارس، سواء أكانت الحراسة اتفاقية أم كانت قضائية، باتفاق ذوي الشأن جميعًا، فإذا لم يتفقوا، تولىٰ القاضي تعيينه».

وقد عدلت هذه المادة بما يفيد أن يكون تعيين القاضي للحارس بقدر المستطاع من بين ذوي الشأن بعد سماع أقوالهم، فإذا اطمأنت المحكمة إلىٰ أمانة أحد طرفي الخصومة وكفايته، كان لها أن تعينه حارسًا قضائيًّا، ولو اعترض عليه الطرف الآخر، لاسيما إذا قبل الحراسة دون أجر.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1018)، في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 5/ ص 287).

والمادة المقترحة تقابل المادة (898) من التقنين الأردني، التي تتفق مع المادة (732) من التقنين المصري الحالي.

وتقابل المادة (738) من التقنين الكويتي التي تتفق مع المادة (732) من التقنين المصري الحالي.

والسند الشرعي للمادة المقترحة: أن تعيين الحارس يراد به المحافظة علىٰ مصالح ذوي الشأن جميعًا، حيث يتولىٰ الحارس حفظ المال وإدارته ريثما ينحسم النزاع، وهو ما يملكه ولي الأمر؛ إذ التصرف علىٰ الرعية منوط بالمصلحة (م 58 من المجلة).

مادة (732): يحدد الاتفاق أو الحكم القاضي بالحراسة سلطة الحارس، وما عليه من التزامات وما له من حقوق، وإلا فتطبق أحكام الوديعة وأحكام الوكالة بالعذر الذي لا تتعارض فيه مع طبيعة الحراسة والأحكام المنصوص عليها في هذا الفصل.

هذه المادة تتفق مع المادة (733) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «يحدد

الاتفاق أو الحكم القاضي بالحراسة ما علىٰ الحارس من التزامات وما له من حقوق وسلطة، وإلا فتطبق أحكام الوديعة وأحكام الوكالة بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع الأحكام الآتية».

وقد أدخلت علىٰ هذه المادة تعديلات لفظية علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة.

انظر: المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1019) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 5/ ص 288).

والمادة المقترحة تطابق المادة (900) من التقنين الأردني.

وتتفق مع المادة (739) من التقنين الكويتي.

والسند الشرعي للمادة المقترحة: أن الحارس يلتزم بما يلتزم به المودع عنده والوكيل، كما أن له حقوق المودع عنده وحقوق الوكيل، وبناءً علىٰ ذلك يلتزم الحارس بأن يتسلم المال ويحافظ عليه، وبأن يدير هذا المال، ويقدم حسابًا عنه، ويرده في النهاية، كما يثبت له حق تقاضي الأجر، واسترداد المصروفات والتعويض.

مادة (733):

1- يلتزم الحارس بالمحافظة علىٰ الأموال المعهود إليه حراستها، وبإدارة هذه الأموال.

2- ويجب أن يبذل في ذلك عناية الشخص العادي، ولا يجوز الاتفاق علىٰ ما يخالف ذلك.

3- ولا يجوز له - بطريق مباشر أو غير مباشر - أن يعهد إلىٰ أحد ذوي الشأن بأداء مهمته كلها أو بعضها، دون رضاء الآخرين.

هذه المادة تقابل المادة (724) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- يلتزم الحارس بالمحافظة علىٰ الأموال المعهود إليه حراستها، وبإدارة هذه الأموال، ويجب أن يبذل في كل ذلك عناية الرجل المعتاد.

2- ولا يجوز له - بطريق مباشر أو غير مباشر - أن يحل محله في أداء مهمته كلها أو بعضها أحد ذوي الشأن، دون رضاء الآخرين».

وقد أدخلت على هذه المادة التعديلات الآتية:

1- أدخلت تعديلات لفظية علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة.

2- أفردت الفقرة الثانية من المادة المقترحة لبيان ما يجب علىٰ الحارس أن يبذله من عناية في أداء مهمته.

3- استكمل حكم الفقرة الثانية بالنص علىٰ عدم جواز الاتفاق علىٰ ما يخالف القاعدة المقررة فيها. وهذا بعكس الحكم المستقر فقهًا، والذي يقضي بأن قواعد المسئولية في هذا الصدد لا تتعلق بالنظام العام، فيجوز الاتفاق علىٰ ما يخالفها. فبمقتضىٰ هذه الإضافة لا يجوز الاتفاق علىٰ تشديد مسئولية الحارس أو تخفيفها أو الإعفاء منها، وقد سبق ذكر مثل هذا الحكم في الوديعة (م 716 من المشروع)، وهذا - كما سبق القول - تطبيقًا للمادة (229) من المشروع، التي لا تجيز الاتفاق علىٰ أن يتحمل المدين تبعة القوة القاهرة، أو علىٰ إعفائه من المسئولية المترتبة علىٰ عدم تنفيذ التزامه التعاقدي؛ إذ إن مثل هذا الاتفاق ينافي مقتضىٰ العقد.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1020) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 5/ ص 290).

والمادة المقترحة تقابل المادة (740) من التقنين الكويتي.

ويلاحظ أن الحراسة تختلف عن الوديعة فيما يتعلق بالقدر الواجب من العناية في أداء مهمة كل منهما، فقد تقدم أن الوديعة إذا كانت بغير أجر - وهذا هو الأصل - وجب علىٰ المودع عنده أن يبذل في حفظها العناية التي يبذلها في حفظ ماله، دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الشخص العادي، وإذا كانت بأجر وجب علىٰ المودع عنده أن يبذل في حفظها عناية الشخص العادي (م 716 من المشروع)، بينما في الحراسة يجب علىٰ الحارس أن يبذل دائمًا عناية الشخص العادي، ويعلل ذلك عادة بأن الحارس، بخلاف المودع عنده، مفروض إلىٰ حد ما علىٰ طرفي النزاع، ولذلك تشدد الشارع في مسئوليته.

وهذا الحكم فيما يتعلق بمسئولية الحارس - يتفق مع ما يقرره الفقه الإسلامي في خصوص الوديعة. انظر: النصوص الشرعية التي تقدم ذكرها في هذا الصدد تحت المادة (716) من المشروع.

وفيما يتعلق بعدم جواز الاتفاق علىٰ ما يخالف القاعدة المقررة في مسئولية الحارس، فإن هذا يتفق مع ما يقرره الفقه الإسلامي في الوديعة، انظر: النصوص الشرعية التي تقدم ذكرها في هذا الصدد تحت المادة (716) من المشروع.

وفيما يتعلق بعدم جواز أن يعهد الحارس إلىٰ أحد ذوي الشأن بأداء مهمته دون رضاء الآخرين، فإن هذا حكم يرجع إلىٰ طبيعة الحراسة، باعتبار أن قيام أحد ذوي الشأن بمهمة الحارس، ينطوي علىٰ خطر علىٰ مصالح الآخرين، وهو الخطر الذي أريد تلافيه بفرض الحراسة، أما إذا كان من يعهد إليه الحارس بحفظ المال ليس أحدًا من طرفي النزاع - فإن حكم الوديعة هو الذي ينطبق.

فبمقتضىٰ هذا الحكم لا يجوز للحارس أن ينيب عنه أجنبيًّا من غير ذوي الشأن في حفظ المال، إلا بموافقة ذوي الشأن جميعًا، أو إلا إذا اضطر إلىٰ ذلك بسبب ضرورة ملجئة عاجلة (انظر: م 717 من المشروع في الوديعة)، وهذا الحكم فيما يتعلق بالوديعة يتفق مع ما يقرره الفقه الإسلامي، انظر: النصوص الشرعية التي تقدم ذكرها في هذا الصدد تحت المادة (717) من المشروع.

مادة (734): لا يجوز للحارس في غير أعمال الإدارة أن يتصرف إلا برضاء ذوي الشأن جميعًا، أو بترخيص من القضاء.

هذه المادة تطابق المادة (735) من التقنين الحالي.

وتتفق مع المادة (741) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (902) من التقنين الأردني.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1021)، في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 5/ ص 292).

والحارس نائب عن صاحب العمل في أعمال الإدارة، وسلطته في هذه الأعمال هي سلطة الوكيل وكالة عامة (انظر: م 694 من المشروع) وفي الفقه الإسلامي: انظر النصوص الشرعية التي تقدم ذكرها تحت المادة (695) من المشروع.

وليس للحارس أن يقوم بأعمال التصرف إلا برضاء ذوي الشأن جميعًا أو بترخيص من

القضاء، فسلطة الحارس تقتصر على حفظ المال وإدارته، دون التصرف فيه، وفي الوديعة تقتصر مهمة المودع عنده على حفظ المال المودع، ومن ثم فمن البديهي أنه لا يجوز له التصرف في هذا المال، بل إنه لا يجوز له أن يستعمل المال دون إذن المودع (م 715/ 2 من المشروع)، وهذا شأن الحارس حيث يغلب عليه صفة المودع عنده لا صفة الوكيل، فهو في الأصل مكلف بحفظ المال، وعليه أن يديره في أثناء ذلك.

وفي الفقه الإسلامي: انظر النصوص الشرعية التي تقدم ذكرها في خصوص الوديعة تحت المادة (715) من المشروع.

مادة (735):

1- يلتزم الحارس باتخاذ دفاتر حساب منظمة، ويجوز للقاضي إلزامه باتخاذ دفاتر موقع عليها من المحكمة.

2- ويلتزم أن يقدم لذوي الشأن كل سنة على الأكثر حسابًا بما تسلمه وبما أنفقه، معززًا بما يثبت ذلك من مستندات، وإذا كانت المحكمة قد عينته، وجب عليه فوق ذلك أن يودع إدارة كتابها صورة من هذا الحساب.

هذه المادة تطابق المادة (737) من التقنين الحالي، مع تعديل لفظي بسيط في نهاية الفقرة الثانية.

وتقابل المادة (742) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (903) من التقنين الأردني.

انظر: المادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1023)، ومذكرتها الإيضاحية، والتعديل الذي أدخل عليها في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 5/ ص 295 - 297).

والحارس نائب عن صاحب المال، فهو يلتزم بتقديم حساب كما يلتزم الوكيل. وتزيد المادة المقترحة على ذلك بأن نظمت هذا الالتزام بالنسبة إلى الحارس تنظيمًا دقيقًا على الوجه المبين في هذه المادة.

وحكم المادة المقترحة يسلم به الشرع الإسلامي؛ لأنه من مقتضيات عمل الحارس

الذي يعمل لحساب صاحب المال. فهذا العمل يقتضي منه أن يطلع ذوي الشأن عما وصل إليه في حراسته، وأن يقدم حسابًا عنها.

مادة (736): علىٰ الحارس - متىٰ انتهت الحراسة - أن يبادر إلىٰ رد المال المعهود إليه حراسته إلىٰ من يختاره ذوو الشأن، أو من يعينه القاضي.

هذه المادة تتفق مع الفقرة الثانية من المادة (738) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «وعلىٰ الحارس حينئذٍ (أي: عند انتهاء الحراسة) أن يبادر إلىٰ رد الشيء المعهود إليه حراسته إلىٰ من يختاره ذوو الشأن أو من يعينه القاضي».

وتتفق مع ما جاء في نهاية المادة (908) من التقنين الأردني.

وتتفق مع المادة (744/ 2) من التقنين الكويتي.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1024/ 2) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 5/ ص 299).

ويلتزم الحارس برد المال الموضوع تحت حراسته، كما يلتزم المودع عنده برد المال المودع، وتسري أحكام التزام المودع عنده بالرد علىٰ التزام الحارس بالرد (انظر: م 718 من المشروع).

وفي الفقه الإسلامي: انظر النصوص الشرعية التي سبق ذكرها في خصوص الوديعة تحت المادة (718) من المشروع، حيث تتفق أحكام هذه المادة مع أحكام الفقه الإسلامي.

مادة (737):

1- تعتبر الحراسة بأجر، ما لم يكن الحارس قد نزل عنه.

2- وللحارس أن يسترد ما أنفقه من مصروفات في حفظ وفي إدارة المال المعهود إليه حراسته.

هذه المادة تتفق في فقرتها الأولىٰ مع المادة (736) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «للحارس أن يتقاضىٰ أجرًا، ما لم يكن قد نزل عنه».

وتتفق جميعها مع الفقرة الأولىٰ من المادة (1022) من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «للحارس أن يتقاضىٰ أجرًا، ما لم يكن قد تنازل عن ذلك، وله أن يسترد ما أنفقه من مصروفات علىٰ حفظ المال الموجود في حراسته وعلىٰ إدارته». وقد حذفت في لجنة المراجعة العبارة الأخيرة من هذا النص الخاصة باسترداد المصروفات، اكتفاءً بالقواعد العامة.

انظر: المذكرة الإيضاحية للفقرة الأولىٰ من المادة (1022) من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 5/ ص 293 و294).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (743) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادتين (904 و905) من التقنين الأردني.

فالأصل في الحراسة أن تكون بأجر، حتىٰ لو لم يشترط ذلك، فلا يكون الحارس غير مأجور إلا إذا نزل صراحة أو ضمنًا عن الأجر، وفي هذا يتفق الحارس مع الوكيل (م 704/ 1 من المشروع)، ويختلف عن المودع عنده (م 720/ 1 من المشروع).

ويسترد الحارس ما أنفقه من مصروفات في حفظ المال وفي إدارته، شأنه في استرداد نفقات الحفظ شأن المودع عنده (م 721 من المشروع)، وفي استرداد نفقات الإدارة شأن الوكيل في استرداد نفقات تنفيذ الوكالة (م 705 من المشروع)، كما يرجع بالتعويض عما يصيبه من ضرر بسبب قيامه بمهمته، ما لم يكن ذلك ناشئًا عن خطأ منه، شأنه في ذلك أيضًا شأن المودع عنده (م 721 من المشروع) والوكيل (م 706 من المشروع).

وفي الفقه الإسلامي فيما يتعلق بالفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة، انظر النصوص الشرعية التي تقدم ذكرها في خصوص الوكالة تحت المواد (704 - 706) من المشروع، وفي خصوص الوديعة تحت المادتين (720 و721) من المشروع.

مادة (738): تنتهي الحراسة باتفاق ذوي الشأن جميعًا أو بحكم القضاء.

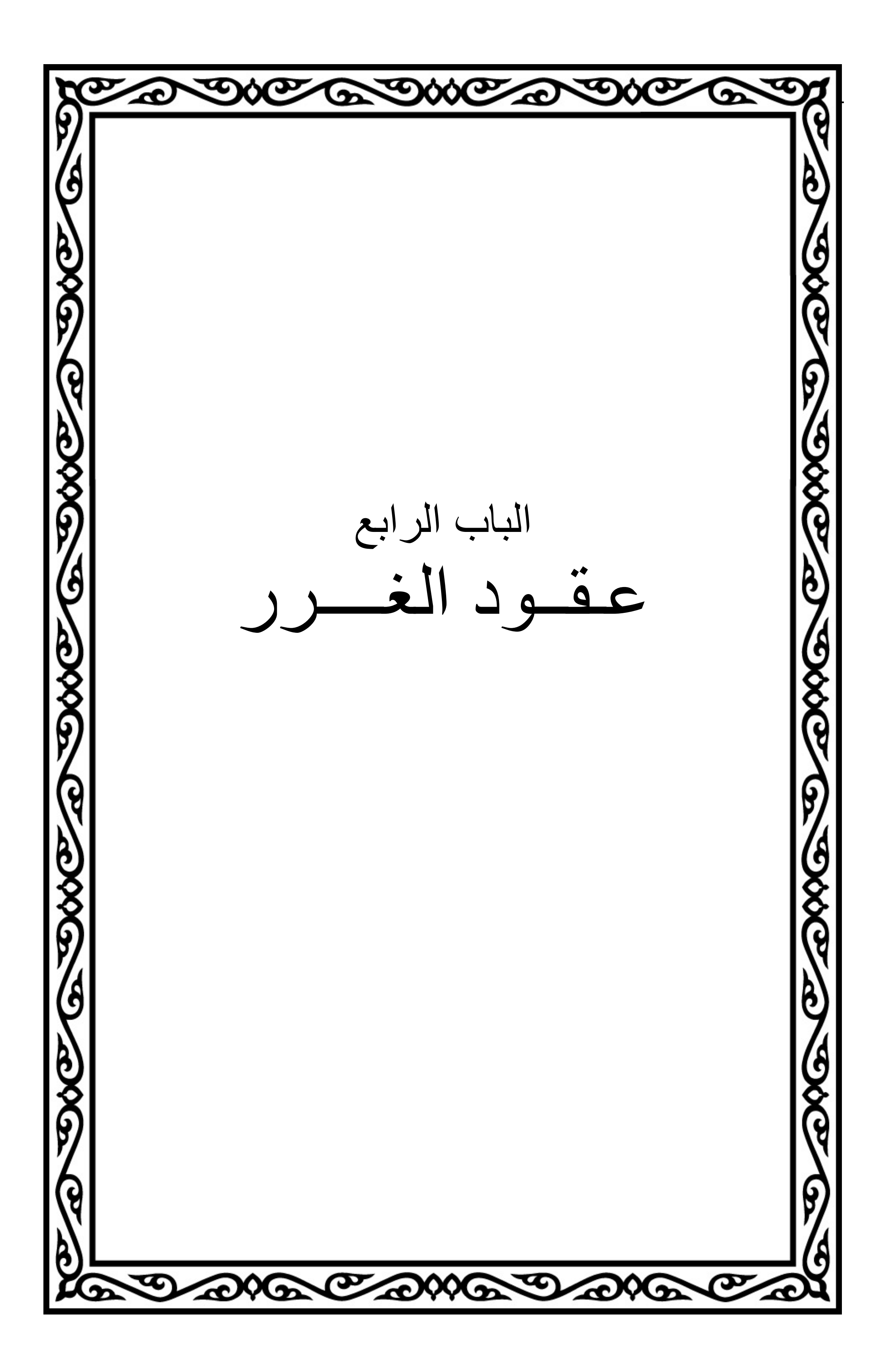
هذه المادة تطابق الفقرة الأولىٰ من المادة (838) من التقنين الحالي.

وتتفق مع المادة (744/ 1) من التقنين الكويتي.

وتتفق مع ما جاء في المادة (908) من التقنين الأردني.

انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1024/ 1) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 5/ ص 298 و299).





الباب الرابع

عقـود الغـــرر

الفصل الأول
المقامرة والرهان

مادة (739):

1- يقع باطلًا كل اتفاق علىٰ مقامرة أو رهان.

2- ولمن خسر في مقامرة أو رهان أن يسترد ما دفعه خلال ثلاث سنين من الوقت الذي أدىٰ فيه ما خسره، ولو كان هناك اتفاق يقضي بغير ذلك، وله أن يثبت ما أداه بجميع الطرق.

هذه المادة تطابق المادة (739) من التقنين الحالي، مع تعديل لفظي طفيف.

وتطابق المادة (975) من التقنين العراقي، فيما عدا أن مدة الاسترداد سنة.

وتتفق مع المادة (915) من التقنين الأردني، فيما عدا مدة الاسترداد فهي ستة أشهر.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1025) ص (301 و302).

وحكم المادة المقترحة تأمر به الشريعة الإسلامية، فقد جاء في الآية الكريمة: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِنَّمَا ٱلۡخَمۡرُ وَٱلۡمَيۡسِرُ وَٱلۡأَنصَابُ وَٱلۡأَزۡلَٰمُ رِجۡسٞ مِّنۡ عَمَلِ ٱلشَّيۡطَٰنِ فَٱجۡتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمۡ تُفۡلِحُونَ﴾ [سورة المائدة: 90]. «والميسر: هو المقامرة أو الرهان، فلا تعتبر المقامرة أو الرهان سببًا شرعيًّا لكسب المال، وقد نصت المادة (97) من المجلة علىٰ أنه: «لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي».

وهناك فارق جوهري بين المقامرة والرهان:

فالمقامرة عقد يقوم فيه المقامر بدور إيجابي يبذل فيه جهده في سبيل تحقيق هدف معين، ويدفع بمقتضاه إذا خسر المقامرة للمقامر الآخر الذي كسبها مبلغًا من النقود أو أي شيء آخر يتفق عليه، ومثلها المباراة في الألعاب الرياضية، كالجري والقفز والمصارعة.

والرهان عقد لا يقوم فيه المتراهن بأي دور في سبيل تحقيق صدق ما يقوله في واقعة غير محققة، ويدفع بمقتضاه إذا لم يصدق قوله في الواقعة للمتراهن الذي يصدق قوله فيها مبلغًا من النقود، أو أي شيء آخر يتفق عليه، ومثله أن يتراهن عدد من الناس يشهدون مباراة في سباق الخيل والرماية أو الجري، ولا يشتركون فيها، علىٰ من يكون الكاسب من المتبارين.

والقاعدة هي تحريم المقامرة والرهان، فكل من العقدين باطل لمخالفته للآداب والنظام العام، فهو مخالف للآداب؛ لأن المقامرة تقوي في نفسه غريزة حب الإثراء عن طريق المصادفة، لا عن طريق العمل المنتج. وهو مخالف للنظام العام؛ لأنه كثيرًا ما يؤدي إلىٰ الخراب وإثارة الحقد والبغضاء والانصراف عن عمل منتج يعود علىٰ المجتمع بالخير، وهذا المعنىٰ واضح في الآية الكريمة التي تقول: ﴿إِنَّمَا يُرِيدُ ٱلشَّيْطَٰنُ أَن يُوقِعَ بَيْنَكُمُ ٱلْعَدَٰوَةَ وَٱلْبَغْضَآءَ فِى ٱلْخَمْرِ وَٱلْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَن ذِكْرِ ٱللَّهِ وَعَنِ ٱلصَّلَوٰةِ فَهَلْ أَنتُم مُّنتَهُونَ﴾ [سورة المائدة: 91].

مادة (740):

1- يستثنىٰ من أحكام المادة السابقة المقامرة التي تعقد بجعل لمن يفوز بتحقيق هدف معين فيما هو من الرياضة أو الاستعداد لأسباب القوة.

2- ويصح أن يكون الجعل من أحد المتسابقين أو من غيرهما علىٰ أن يعطىٰ الفائز.

3- ولا يجوز أن يشترط المتعاقدان جعلًا لمن يفوز منهما قبل الآخر.

هذه المادة تقابل المادة (740) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- يستثنىٰ من أحكام المادة السابقة الرهان الذي يعقده فيما بينهم المتبارون شخصيًّا في الألعاب الرياضية، ولكن للقاضي أن يخفض هذا الرهان إذا كان مبالغًا فيه.

2- ويستثنىٰ أيضًا ما رخص به قانونًا من أوراق النصيب».

وقد استعيض عن هذه المادة بالمادة المقترحة، حيث روعي ما يأتي:

(1) استعملت كلمة: «المقامرة» بدلًا من كلمة: «الرهان» الواردة في النص الحالي؛

لأن التعبير بكلمة: «الرهان» غير دقيق؛ إذ المقصود المقامرة، وهي التي يقوم فيها المقامر بدور إيجابي يبذل فيه جهده في سبيل تحقيق هدف معين.

(2) استعملت عبارة: «فيما هو من الرياضة أو الاستعداد لأسباب القوة» بدلًا من عبارة: «في الألعاب الرياضية»؛ ليكون التعبير شاملًا لكل ما من شأنه رياضة الجسم وتوفير أسباب الصحة والقوة، فيدخل تحت هذا التعبير الشامل: ألعاب الجمباز والألعاب السويدية، والكرة والتنس، والجري، والقفز، والمصارعة، وسباق الخيل والسباحة والتجديف، والرماية، وكل نشاط آخر يقوم علىٰ المهارة ورياضة الجسم وتقويته.

ولا يدخل تحت هذا التعبير كل نشاط لا يقوم علىٰ رياضة الجسم وتقويته، ولو اعتمد علىٰ المهارة الفكرية كالشطرنج، والطاولة، والدومينو، وجميع ألعاب الورق من بريدج وبوكر وكونكان ونحو ذلك، كذلك لا يدخل تحت هذا التعبير ما يعتمد علىٰ مجرد الحظ، كالروليت، وأوراق النصيب، ففي جميع هذه الصور ونحوها تكون المباراة مقامرة أو رهانًا غير مشروع.

(3) حذفت الفقرة الثانية من نص التقنين الحالي، وهي التي تستثني أيضًا ما رخص به قانونًا من أوراق النصيب، فأعمال النصيب رهان غير مشروع؛ لأنها تعتمد علىٰ مجرد الحظ والصدفة، فلا يقوم فيها المتراهن بأي جهد منتج يعود علىٰ المجتمع بالخير. ولا يكفي لتبرير استثنائها أن جزءًا من الكسب الذي تدره يقتطع للأغراض الخيرية كما تقول المذكرة الإيضاحية لنص التقنين الحالي (انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج 5/ ص 304)؛ إذ إن ما يحصل عليه الفائز من مال لا يستند إلىٰ سبب شرعي، وليس هناك عمل منتج يراد تشجيع الفائز علىٰ القيام به، كما هو الشأن في الاستثناء الوارد في المادة المقترحة.

(4) وبمقتضىٰ المادة المقترحة يقتصر الاستثناء علىٰ المقامرة التي تنصب علىٰ ما هو من الرياضة أو الاستعداد لأسباب القوة، بحيث يشمل ذلك كلَّ ما من شأنه رياضة الجسم وتوفير أسباب الصحة والقوة كما سبق القول.

ويصح أن يكون الجعل الذي يبذل في هذه المقامرة من أحد المتسابقين أو من غيرهما علىٰ أن يعطىٰ للفائز.

فقد يبذل الجعل من أحد المتسابقين، كأن يقول أحدهما للآخر: إن سبقتني فلك علي مائة جنيه، وإن سبقتك فلا شيء عليك. فهذا جائز، لأنه لا يحتمل القمار فلا يتردد كل منهما بين أن يغنم ويغرم، وإنما يحمل علىٰ التحريض علىٰ الرياضة والاستعداد لأسباب القوة.

وقد يبذل الجعل من غير المتسابقين، كأن تقدم الدولة أو أحد الأندية أو غيرها من الجمعيات مبلغًا أو مالًا آخر لمن يفوز في مباراة معينة، فهذا أيضًا جائز للسبب المتقدم.

لكن لا يجوز أن يشترط المتعاقدان جعلًا لمن يفوز منهما نحو الآخر، كأن يقول أحدهما للآخر: إن سبقتني فلك علي مائة جنيه، وإن سبقتك فلي عليك مائة جنيه. فهذا غير جائز؛ لأنه يحتمل القمار بمعنىٰ أن يتردد كل منهما بين أن يغنم ويغرم، وكأن يقدم كل من المتسابقين مالًا يكون جميعه لمن يفوز منهما. فهذا أيضًا غير جائز؛ لأنه يحتمل القمار، لكن إذا اشترك في السباق ثلاثة، فقدم اثنان منهما المال ولم يقدم الثالث شيئًا، فإن سبق أحد اللذين قدما المال أخذه كله، وإن سبق الثالث أخذ المال كله، وإن لم يسبق لا يغرم شيئًا - فإن هذا يجوز، ولهذا سمي ذلك الشخص الثالث: محللًا؛ لأنه بسببه أصبح المال حلالًا.

وفيما يلي النصوص الشرعية في هذا الصدد:

فقد جاء في بدائع الصنائع (ج 6/ ص 206) ما يأتي: «**شرائط جواز السباق: 1-** أن يكون في الأنواع الأربعة: الحافر والخف والنصل والقدم لا في غيرها؛ لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «**لا سبق إلا في خف أو حافر أو نصال**». إلا أنه زيد عليه السبق في القدم بحديث سيدتنا عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا، ففيما وراءه بقي علىٰ أصل النفي، ولأنه لعب واللعب حرام في الأصل، إلا أن اللعب بهذه الأشياء صار مستثنًىٰ من التحريم شرعًا... لأن الاستثناء يحتمل أن يكون لمعنىٰ لا يوجد في غيرها وهو الرياضة والاستعداد لأسباب الجهاد في الحملة.

2- أن يكون الخطر من أحد الجانبين، إلا إذا وجد فيه محللًا حتىٰ لو كان الخطر من الجانبين جميعًا ولم يدخلا فيه محللًا - لا يجوز؛ لأنه في معنىٰ القمار، نحو أن يقول أحدهما لصاحبه: إن سبقتني فلك علي كذا، وإن سبقتك فلي عليك كذا. فقبل الآخر ولو قال أحدهما لصاحبه: إن سبقتني فلك علي كذا، وإن سبقتك فلا شيء عليك. فهو جائز؛

لأن الخطر إذا كان من أحد الجانبين لا يحتمل القمار، فيحتمل التحريض علىٰ استعداد أسباب الجهاد في الحملة بمال نفسه وذلك مشروع، وكذلك إذا كان الخطر من الجانبين، ولكن أدخلا فيه محللًا، فإن كانوا ثلاثة لكان الخطر من الاثنين منهم ولا خطر من الثالث، بل إن سبق أخذ الخطر، وإن لم يسبق لا يغرم شيئًا - فهذا مما لا بأس به أيضًا، وكذلك مما يفعله السلاطين، وهو أن يقول السلطان لرجلين: من سبق منكما فله كذا. فهو جائز؛ لما بينا أن ذلك من باب التحريض علىٰ استعداد أسباب الجهاد خصوصًا من السلطان.

3- أن تكون المسابقة فيما يحتمل أن يسبق ويسبق من الأشياء الأربعة، حتىٰ لو كان فيما يعلم أنه يسبق غالبًا - لا يجوز؛ لأن معنىٰ التحريض في هذه الصورة لا يتحقق، فبقي الرهان التزام المال بشرط لا منفعة فيه، فيكون عبثًا».

وجاء في المحلىٰ ج (7): فقرة (970): مسألة: وتعليم الرمي عن القوس والإكثار منه فضل حسن. روىٰ... يقول: سمعت رسول الله ﷺ يقول: ﴿وَأَعِدُّواْ لَهُم مَّا ٱسْتَطَعْتُم مِّن قُوَّةٍ وَمِن رِّبَاطِ ٱلْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِۦ عَدُوَّ ٱللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ﴾ [الأنفال: 60]. **ألا إن القوة الرمي، ستفتح عليكم أرضون ويكفيكم الله، فلا يعجز أحدكم أن يلهو بسهمه»**.

فقرة (971): مسألة: والمسابقة بالخيل والبغال والحمير وعلىٰ الأقدام حسن. والمناضلة بالرماح والنبل والسيوف حسن.

وفي الحديث عن رسول الله ﷺ: «لا سبق إلا في حافر أو خف أو نصل».

قال أبو محمد: الخف اسم يقع علىٰ الإبل في اللغة العربية. والحافر في اللغة لا يقع إلا علىٰ الخيل والبغال والحمير، والنصل لا يقع إلا علىٰ السيف والرمح والنبل. والسبق هو ما يعطاه السابق.

فقرة (972): مسألة: والسبق هو أن يخرج الأمير أو غيره مالًا يجعله لمن سبق في أحد هذه الوجوه فهذا حسن، أو يخرج أحد المتسابقين فيما ذكرنا مالًا فيقول لصاحبه: إن سبقتني فهو لك، وإن سبقتك فلا شيء لك علي، ولا شيء لي عليك. فهذا حسن.

فهذان الوجهان يجوزان في كلِّ ما ذكرنا، ولا يجوز إعطاء مال في سبق غير هذا أصلًا؛ للخبر الذي ذكرنا آنفًا. فإن أراد أن يخرج كل واحد منهما مالًا يكون للسادة

منهما، لم يحل ذلك أصلًا، إلا في الخيل فقط، ثم لا يجوز ذلك في الخيل أيضًا إلا بأن يدخلا بينهما فارسًا علىٰ فرس يمكن أن يسبقهما، ويمكن ألا يسبقهما، ولا يخرج هذا الفارس مالًا أصلًا، فأي المخرجين للمال سبق أمسك ماله نفسه، وأخذ ما أخرج صاحبه حلالًا، وإن سبقهما الفارس الذي أدخلا - وهو يسمىٰ المحلل - أخذ المالين جميعًا، فإن سبق فلا شيء عليه، وما عدا هذا فحرام».

وجاء في نهاية المحتاج (ج 8/ ص 164 - 173).

«... ويجوز شرط المال من غيرهما، بأن يقول الإمام أو أحد الرعية: من سبق منكما فله في بيت المال. وهذا مختص بالإمام أو نائبه، أو: فله علي كذا. وهذا عام لكل أحد حتىٰ الإمام؛ لما في ذلك من الحض علىٰ تعلم الفروسية، وبذل مال في قربة، ويؤخذ منه ندب ذلك، ويجوز شرطه من أحدهما فيقول: إن سبقتني فلك علي كذا، وإن سبقتك فلا شيء لي عليك. إذ لا قمار. وإن شرط أن من سبق منهما فله علىٰ الآخر كذا، لم يصح؛ لتردد كل بين أن يغنم، أو يغرم وهو قمار محرم إلا بمحلل كفء لهما في المركوب وغيره وفرسه مثلًا المعين كفء، أي: مساوٍ لفرسيهما إن سبق أخذ مالهما، وإن سبق لم يغرم شيئًا، ولهذا سمي محللًا لحل المال بسببه وحينئذٍ فيصح...».

وجاء في المغني لابن قدامة «المغني في الشرح الكبير في فقه ابن حنبل» ص (127): «المسابقة جائزة بالسنة والإجماع... فأما المسابقة بغير عوض فتجوز مطلقًا من غير تقييد بشيء معين. وأما المسابقة بعوض فلا تجوز إلا بين الخيل والإبل والرمي.

ص(130): إن المسابقة إن كانت بين اثنين أو حزبين لم تخل، أما أن يكون العوض منهما أو من غيرهما، فإن كان من غيرهما نظرت، فإن كان من الإمام جاز، سواء كان من ماله أو من بيت المال؛ لأن في ذلك مصلحة وحثًّا علىٰ تعلم الجهاد ونفعًا للمسلمين، وإن كان غير الإمام جاز له بذل العوض من ماله، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي. وقال مالك: لا يجوز بذل العوض من غير الإمام؛ لأن هذا مما يحتاج إليه للجهاد، فاختص به الإمام لتوليه الولايات وتأمير الأمراء.

ولنا أنه بذل لماله فيما فيه مصلحة وقربة فجائز، كما لو اشترىٰ به خيلًا وسلاحًا، فإن كان منهما اشترط كون الجعل من أحدهما دون الآخر، فيقول: إن سبقتني فلك

عشرة، ولئن سبقتك فلا شيء عليك. فهذا جائز، وحكي عن مالك أنه لا يجوز؛ لأنه قمار.

ولنا أن أحدهما يختص بالسبق فجاز كما لو أخرجه الإمام، ولا يصح ما ذكره؛ لأن القمار ألا يخلو كل واحد منهما من أن يغنم أو يغرم، وهاهنا لا خطر علىٰ أحدهما فلا يكون قمارًا، فإذا سبق المخرج أحرز سبقه ولا شيء له علىٰ صاحبه، وإن سبق الآخر أخذ سبق المخرج فملكه، وكان كسائر ماله؛ لأنه عوض في الجعالة فيملك فيها.

ص (131): المسابقة عقد جائز ذكره ابن حامد، وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي وقال في الآخر: هو لازم إن كان العوض منهما، وجائز إذا كان من أحدهما أو من غيرهما.

ص (132): إذا كان المخرج غير المتسابقين، فقال لهما أو لجماعة أيكم سبق فله عشرة. جاز.

الفصل الثاني
المرتب مدى الحياة

مادة (741):

1- يجوز أن يلتزم شخص لآخر بأن يؤدي له مرتبًا دوريًّا مدىٰ الحياة بعوض أو بغير عوض.

2- ويترتب هذا الالتزام بعقد أو بوصية.

هذه المادة تتفق مع المادة (741) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- يجوز للشخص أن يلتزم بأن يؤدي إلىٰ شخص آخر مرتبًا دوريًّا مدىٰ الحياة بعوض أو بغير عوض.

2- ويكون هذا الالتزام بعقد أو بوصية».

وقد أدخلت علىٰ هذه المادة تعديلات لفظية علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة.

انظر: المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1027) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 5/ ص 306). والمادة المقترحة تتفق مع المادة (977) من التقنين العراقي.

والفقرة الأولىٰ منها تطابق الفقرة الأولىٰ من المادة (916) من التقنين الأردني.

والسند الشرعي للمادة المقترحة: هو ذلك المبدأ الأساسي في الشريعة الإسلامية، كما هو الشأن في القانون الوضعي، الذي يقضي بوجوب الوفاء بالوعد، وقد جاء في الآية الكريمة: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [سورة المائدة: 1] وجاء في الحديث الشريف: «**المسلمون عند شروطهم**».

مادة (742): لا يكون العقد الذي يقرر المرتب صحيحًا إلا إذا كان مكتوبًا، وهذا دون إخلال بما يتطلبه القانون من شكل خاص لعقود التبرع.

هذه المادة تتفق مع المادة (743) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «العقد

الذي يقرر المرتب لا يكون صحيحًا إلا إذا كان مكتوبًا، وهذا دون إخلال بما يتطلبه القانون من شكل خاص لعقود التبرع».

وقد أدخل علىٰ هذه المادة تعديل لفظي طفيف علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة.

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (979) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (916/ 3) من التقنين الأردني.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1030) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 5/ ص 311 و312).

ويهدف حكم المادة المقترحة إلىٰ المحافظة علىٰ مصلحة الطرفين؛ لأن المرتب مقدر له أن يدوم طول حياة الإنسان، وقد تطول هذه الحياة، فوجبت الكتابة حتىٰ يتوفر للطرفين السند اللازم مدة بقاء المرتب، وهذا هدف تدعو إليه الشريعة الإسلامية، وقد جاء في الآية الكريمة: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ﴾ [سورة البقرة: 282].

مادة (743):

1- يجوز أن يكون المرتب مقررًا مدىٰ حياة المستحق له، أو مدىٰ حياة الملتزم به، أو مدىٰ حياة شخص آخر.

2- ويعتبر المرتب مقررًا مدىٰ حياة المستحق له، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك.

هذه المادة تتفق مع المادة (742) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- يجوز أن يكون المرتب مقررًا مدىٰ حياة الملتزم له، أو مدىٰ حياة الملتزم، أو مدىٰ حياة شخص آخر.

2- ويعتبر المرتب مقررًا مدىٰ حياة الملتزم له إذا لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك».

وقد أدخل علىٰ هذه المادة تعديل لفظي علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة.

انظر: المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1028)، وتقرير لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 5/ ص 308-311).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (978) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (917) من التقنين الأردني.

وفيما يتعلق بالسند الشرعي للمادة المقترحة: انظر ما تقدم ذكره تحت المادة (741).

مادة (744): لا يصح أن يشترط عدم جواز الحجز علىٰ المرتب، إلا إذا كان قد تقرر علىٰ سبيل التبرع.

هذه المادة تتفق مع المادة (744) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «لا يصح أن يشترط عدم جواز الحجز علىٰ المرتب، إلا إذا كان قد قرر علىٰ سبيل التبرع».

وقد استبدلت في هذا النص كلمة: «تقرر» بكلمة: «قرر».

انظر: المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1031) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 5/ ص 313).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (980) من التقنين العراقي.

والسند الشرعي للمادة المقترحة: أن حكمها يهدف إلىٰ حماية مصلحة مشروعة (انظر ما سيأتي في شرط المنع من التصرف)، وهذا ما يملكه ولي الأمر؛ إذ إن التصرف علىٰ الرعية منوط بالمصلحة (م 58 من المجلة).

مادة (745):

1- لا يكون للمستحق حق في المرتب، إلا عن الأيام التي عاشها من ربط المرتب بحياته.

2- علىٰ أنه إذا اشترط الدفع مقدمًا، كان للمستحق الحق في القسط الذي حل.

هذه المادة تتفق مع المادة (745) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- لا يكون للمستحق حق في المرتب إلا عن الأيام التي عاشها من قرر المرتب مدىٰ حياته.

2- علىٰ أنه إذا اشترط الدفع مقدمًا، كان للمستحق حق في القسط الذي حل».

وقد أدخلت علىٰ هذه المادة تعديلات لفظية علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة.

انظر: المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1032) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 5/ ص 314 و315).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (981) من التقنين العراقي.

والسند الشرعي للفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة: تلك القاعدة التي تقضي بوجوب مراعاة الشرط بقدر الإمكان (م 83 من المجلة)، وهي القاعدة ذاتها المقررة في القانون الوضعي.

أما الفقرة الثانية، ولو أنها استثناء يرد علىٰ حكم الفقرة الأولىٰ، إلا أن سندها الشرعي: أن ما دخل في ذمة الشخص بسبب شرعي أصبح من حقه. والسبب الشرعي هنا هو العقد أو الوصية الذي شرط فيه الدفع مقدمًا.

مادة (746): إذا لم يقم الملتزم بالمرتب بتنفيذ التزامه، كان للمستحق أن يطلب تنفيذ العقد، وإن كان العقد بعوض، جاز له أيضًا أن يطلب فسخه، مع التعويض إن كان له مقتضٍ.

هذه المادة تتفق مع المادة (746) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «إذا لم يقم المدين بالتزامه، كان للمستحق أن يطلب تنفيذ العقد، وإن كان العقد بعوض جاز له أن يطلب فسخه، مع التعويض إن كان له محل».

وقد أدخلت علىٰ هذه المادة تعديلات لفظية علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة.

وقد كان في الوسع إغفال هذه المادة، فحكمها ليس إلا تطبيقًا للقواعد العامة، ولم ينص عليه التقنين الحالي إلا لإظهار مخالفته لحكم التقنين الفرنسي والتقنين المصري القديم. ومع ذلك فقد رئي الإبقاء عليها، ما دام أن ليست هناك ضرورة توجب حذفها.

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (982) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (٩١٨) من التقنين الأردني.

وحكمها يتفق مع ما هو مقرر في الفقه الإسلامي طبقًا للقواعد العامة في الضمان.



الفصل الثالث
عقد التأمين

نظرة عامة:

انقسم الفقهاء في نظرتهم إلىٰ التأمين، ففريق منهم يجيزه، وهؤلاء يختلفون في الأساس الذي تقوم عليه شرعية التأمين، فقائل: إنه يجوز شرعًا إذا كان ينطوي علىٰ مضاربة. (فتوىٰ الإمام محمد عبده في شأن التأمين علىٰ الحياة: المحاماة 5 – 563 – 460). وقائل: إنه لا يخالف نظام التعاقد الشرعي وشرائطه العامة. ويشبهه بعقد الموالاة وضمان خطر الطريق والوعد الملزم ونظام العواقل في الإسلام. (مصطفىٰ الزرقا: عقد التأمين وموقف الشريعة الإسلامية: مجلة حضارة الإسلام بدمشق سنة 1961).

وقائل: إنه حلال؛ حيث لم يرد نص في تحريمه، والأصل في العقود الإباحة، وليس فيه شبهة غرر أو قمار، وإنما هو نظام تعاوني بديع يقوم علىٰ توزيع المخاطر وتشتيتها بين أكبر عدد ممكن من الأفراد، وقد قال رب العالمين: ﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ [سورة المائدة: 2] (علي الخفيف، بحث قدم إلىٰ مجمع البحوث الإسلامية المنعقد سنة 1965 برهام محمد عطا الله، بحث في التأمين وشريعة الإسلام: مجلة إدارة قضايا الحكومة 6 سنة 1962 العدد الثالث ص (78) وما بعدها)، ومنهم من يقيس التأمين من المسئولية علىٰ عقد الموالاة (أحمد طه السنوسي في عقد التأمين في التشريع الإسلامي: مجلة الأزهر المجلد (25) سنة 1953 ص (303) – وانظر: عيسوي أحمد عيسوي في عقد التأمين من وجهة نظر الشريعة الإسلامية والقانون)، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية يوليه سنة 1962 ص (167) وما بعدها).

وفريق منهم يحرمه، وهؤلاء يختلفون أيضًا في الأساس الذي يقوم عليه التحريم، فمنهم من يذهب إلىٰ تحريمه؛ لأنه لا يشبه عقدًا من العقود المعروفة في الفقه الإسلامي، فهو ليس وديعة بأجر، ولا يعتبر من قبيل ضمان خطر الطريق (ابن عابدين، ج 3/ ص 345 –

محمد نجيب المطيعي: المشار إليه في مقال عيسوي أحمد عيسوي السابق الإشارة إليه ص 187 و188)، ومنهم ما يحرمه في صور التأمين من الحريق علىٰ أساس أن ضمان الأموال إما أن يكون بطريق الكفالة، أو بطريق التعدي أو الإتلاف، فالتأمين من الحريق ليس بكفالة قطعًا، ولا هو ضمان تعدٍّ ولا ضمان إتلاف وليس بعقد مضاربة، لأن عقد المضاربة يلزم فيه أن يكون المال من جانب رب المال، والعمل من جانب المضارب، والربح علىٰ ما شرط، وشركة التأمين إنما تأخذ المبالغ التي تأخذها في نظير ضمان ما عساه أن يلحق الملك المؤمن عليه من الضرر، وتارة هذا الضرر يقع وتارة لا يقع، فيكون هذا العمل قمارًا معنىٰ يحرم الإقدام عليه شرعًا. (عبد الرحمن قراعة)، المحاماة 5- 466 -394). ومنهم من يحرمه في صدر التأمين علىٰ الحياة؛ لأنه ليس مضاربة، وإذا قيل: إنه قرض. فهذا قرض جر نفعًا وهذا هو الربا وهو حرام، وإذا مات المؤمن له بعد دفع قسط واحد مثلًا، وأدت الشركة مبلغ التأمين كله، فهذه مقامرة، وحياة الإنسان وموته لا يجوز أن تكون محلًّا للتجارة (أحمد إبراهيم، مجلة الشبان المسلمين (13) عدد (3) في (7) نوفمبر سنة 1941) ومنهم من يرىٰ أن التأمين التعاوني والاجتماعي حلال لا شبهة فيه، أما التأمين غير التعاوني فغير جائز؛ لأن فيه قمارًا أو شبهة قمار، وفيه غرر وربا، ولا توجد ضرورة اقتصادية توجبه (محمد أبو زهرة، مجلة حضارة الإسلام بدمشق سنة 1961، ص 524). ومنهم من يرىٰ أن جميع أنواع التأمين غير التعاوني حرام؛ لانطوائها علىٰ غرر في الحصول وفي المقدار وفي الأجل (حسين حامد، بحث في حكم الشريعة الإسلامية في عقود التأمين).

غير أنه يلاحظ أن عقد التأمين له جانبان، **أولهما**: جانب العلاقة بين المؤمن والمؤمن له، **وثانيهما**: هو جانب العلاقة بين المؤمن له ومجموع المؤمن لهم، وهذا الجانب يجب أن يكون له الاعتبار الأول، فشركة التأمين لا تبرم عقد التأمين مع مؤمن له واحد، أو مع عدد قليل من المؤمن لهم، ولو أنها فعلت ذلك، لكان عقد التأمين مقامرة أو رهانًا، ولكان عقدًا غير مشروع، لا في الشريعة الإسلامية فحسب، بل أيضًا في القانون المصري وجميع القوانين التي تحرم المقامرة والرهان، ولكن الشركة تتعاقد مع

عدد كبير من المؤمن لهم، ويقدم كلٌّ منهم أداءً ماليًّا معينًا، ومن مجموع ما يقدم إليها من هؤلاء جميعًا تعوض العدد القليل الذي يقع له الحادث أو ينزل به الخطر المؤمن لهم، يتعاونون جميعًا في تعويض هذا العدد القليل، وبذلك توزع الخسارة علىٰ الجميع.

ويتضح من هذا: أن التأمين في وضعه الحالي ليس إلا تعاونًا منظمًا بين عدد كبير من الناس معرضين جميعًا لخطر واحد، حتىٰ إذا تحقق الخطر بالنسبة إلىٰ بعضهم، تعاون الجميع علىٰ مواجهته بتضحية قليلة يبذلها كل منهم يتلافون بها أضرارًا جسيمة تحيق بمن نزل الخطر به منهم لولا هذا التعاون، وشركة التأمين في الوضع الحالي ليست إلا الوسيط الذي ينظم هذا التعاون علىٰ أسس فنية صحيحة. فالتأمين تعاون محمود، يبر به المتعاونون بعضهم بعضًا (انظر في هذا المعنىٰ: السنهوري الوسيط ج 7 في عقد التأمين فقرة (542) في المتن والهامش).

وبالرغم من سلامة هذا التصوير، باعتبار عقد التأمين منطويًا علىٰ تعاون محمود بين المؤمن لهم يقره الشرع الإسلامي ويدعو إليه، فقد عمد المشروع إلىٰ تنظيم التأمين علىٰ أساس قيام شركة مضاربة بين المؤمن لهم، وشركة التأمين التي تتولىٰ إدارة أموال التأمين واستثمارها، وذلك حرصًا علىٰ استبعاد أية شبهة في مشروعية التأمين، ففي شركة المضاربة هذه يقدم المؤمن لهم رأس المال، وهو عبارة عن مجموع الأقساط أو الدفع المالية الأخرىٰ التي يقدمها هؤلاء، ويقدم المؤمن العمل، حيث يتولىٰ إدارة واستثمار أموال التأمين، ويقسم الربح بين الطرفين بنسبة يتفق عليها، وقد نظم الفقه الإسلامي شركة المضاربة باعتبارها طريقة مشروعة لاستثمار المال، واقتبس المشروع أحكامها من هذا الفقه.

وهذه الطريقة في تنظيم التأمين تتسق مع اعتباره عقد تعاون لا معاوضة، وتستبعد عنصر الغرر فيه، فلا يبقىٰ مجال للشك في مشروعيته، هذا إلىٰ ما تمتاز به من القضاء علىٰ استغلال شركات التأمين للمؤمن له، فهي في الوضع الحالي تستثمر أموال التأمين وتستأثر بها وبثمارها، مع أنها أموال المؤمن لهم ولهم نصيب في ثمارها، وإزاء ذلك واجه المشروع هذه المسألة بطريقة حاسمة حدد فيها وضع أموال التأمين وفقًا لما هو مقرر في شركة المضاربة.

وإلىٰ جانب هذا، فقد عني المشروع بالنص علىٰ جمعيات التأمين التبادلية، وهي بمثابة جمعيات تعاونية، يحدد الأعضاء فيها الأخطار التي يتعرضون لها، ويقومون بتعويض من يتحقق الخطر بالنسبة إليه منهم من الاشتراكات التي يؤديها الأعضاء، وبهذا واجه المشروع واقعًا عمليًّا يقوم علىٰ تعاون صرف بين أعضاء هذه الجمعيات.

وإذا كان عقد التأمين ليس له نظير في الفقه الإسلامي، فإن ذلك يرجع إلىٰ أن الفقهاء قد تناولوا العقود التي يغلب أن يقع بها التعامل في زمنهم، فإذا استحدثت عقود أخرىٰ توافرت فيها الشروط المقررة فقهًا - كانت عقودًا مشروعةً.

مادة (747): التأمين عقد تعاون يقدم المؤمن له بمقتضاه أقساطًا أو أية دفعة مالية أخرىٰ؛ لمواجهة حادث أو خطر معين ينزل بأي من المؤمن لهم، فيكون علىٰ المؤمن أن يؤدي إلىٰ المؤمن له أو إلىٰ المستفيد مبلغًا من المال أو إيرادًا مرتبًا أو أي أداء مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطرالمبين في العقد.

هذه المادة تقابل المادة (747) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «التأمين عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلىٰ المؤمن له، أو إلىٰ المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه، مبلغًا من المال أو إيرادًا مرتبًا أو أي عوض مالي آخر، في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد، وذلك في نظير قسط أو أية دفعة مالية أخرىٰ يؤديها المؤمن له للمؤمن».

ويؤخذ علىٰ هذا التعريف أنه يتناول عقد التأمين من أحد جانبيه، وهو جانب العلاقة بين المؤمن والمؤمن له، ولكن للتأمين جانبًا آخر، وهو العلاقة بين المؤمن له ومجموع المؤمن لهم، وهذا الجانب يجب أن يكون له الاعتبار الأول، كما سبق القول.

ولهذا رئي أن يكون التعريف المقترح شاملًا لهذين الجانبين، بحيث يخلص منه أن عقد التأمين في حقيقته عقد تعاون بين المؤمن لهم في تعويض من يقع له الحادث، أو ينزل به الخطر المؤمن منه، وبذلك توزع الخسارة علىٰ الجميع.

والسند الشرعي للنص المقترح: تلك القاعدة الفقهية، التي جاءت فيما روي عن النبي ﷺ من أنه قال: «**المسلمون عند شروطهم**». فكل اتفاق تتوافر فيه الشروط التي يقررها

الفقه الإسلامي يكون عقدًا مشروعًا (انظر في هذا: البدائع ج 5/ ص 295).

والمادة المقترحة تقابل المادة (893) من التقنين العراقي، وهي تتفق مع المادة (747) من التقنين المصري الحالي.

وتقابل المادة (920) من التقنين الأردني، وهي تتفق مع المادة (747) من التقنين المصري الحالي.

وتقابل المادة (773) من التقنين الكويتي، وهي تتفق مع المادة (747) من التقنين المصري الحالي.

مادة (748): لا يكون طلب التأمين ملزمًا للمؤمن ولا للمؤمن له إلا بعد إتمام العقد، ولا يتم العقد إلا إذا وقع المؤمن وثيقة التأمين، وسلمت هذه الوثيقة للمؤمن له، علىٰ أن العقد يتم حتىٰ قبل تسليم الوثيقة، إذا سلم المؤمن المؤمن له مذكرة تغطية مؤقتة، وذلك وفقًا للشروط الواردة فيها.

هذه المادة مستمدة من المادتين (1048 و1049/ 1) من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي، والمادة (3) من مشروع قانون أعدته وزارة الاقتصاد.

وبمقتضاها يكون عقد التأمين عقدًا شكليًّا لا يتم بمجرد توافق الإيجاب والقبول، وإنما يجب لانعقاده تحرير وثيقة التأمين وتوقيعها من المؤمن، وتسليم هذه الوثيقة للمؤمن له، ومن ثم تكون وثيقة التأمين، ويقوم مقامها مؤقتًا مذكرة التغطية، شرطًا للانعقاد لا للإثبات.

وبفضل هذا الحكم يمكن معرفة في أي وقت علىٰ وجه الدقة يتم عقد التأمين.

وقد يشترط المؤمن، فضلًا عن ذلك، ألا يتم عقد التأمين إلا بدفع المؤمن له القسط الأول من أقساط التأمين، وفي هذه الحالة يصبح العقد، لا عقدًا شكليًّا فحسب، بل أيضًا عقدًا عينيًّا.

والمادة المقترحة تقابل المادة (779) من التقنين الكويتي.

والسند الشرعي للمادة المقترحة: أن تدوين التعامل في وثيقة من الأمور المندوب إليها شرعًا - قطع للنزاع، ويظهر ذلك في قوله سُبۡحَانَهُۥ وَتَعَالَىٰ: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا

تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ ﴾ [سورة البقرة: 282].

مادة (749):

1- يجب أن تكتب وثيقة التأمين باللغة العربية، ويجوز أن تصحبها ترجمة بإحدىٰ اللغات الأجنبية، ويسري هذا الحكم علىٰ كل إضافة أو تعديل في وثيقة التأمين، وفي حالة النزاع يكون النص العربي هو المعتبر.

2- ويجب كذلك أن تكتب باللغة العربية طلبات التأمين والإقرارات والمستندات التي تتخذ أساسًا في إتمام العقد، إلا إذا رغب المؤمن له في كتابتها بإحدىٰ اللغات الدولية في التعامل.

هذه المادة مستمدة من المادة (6) من مشروع قانون أعدته وزارة الاقتصاد، والمادة (1052) من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي.

وعلة حكمها أن وثيقة التأمين هي أداة إثبات العقد، الأمر الذي يقتضي أن تكتب بلغة يقرأها جمهور المؤمن لهم من المصريين؛ حتىٰ تتاح لهم دراسة ما تحتويه من شروط قبل توقيعها، ولذلك لم يقتصر الحكم علىٰ إيجاب تحرير الوثيقة باللغة العربية، بل إنه يوجب كذلك أن تحرر كل إضافة أو تعديل في الوثيقة باللغة العربية، غير أنه نظرًا إلىٰ أن المؤمن له قد يكون أجنبيًّا لا يلم باللغة العربية، فإنه يجوز أن يرافق الوثيقة المحررة باللغة العربية ترجمة لها بإحدىٰ اللغات الدولية في التعامل، علىٰ أنه في حالة وقوع أي نزاع بين المؤمن له والمؤمن يكون النص العربي هو الذي يعول عليه، أما طلبات التأمين والإقرارات وغيرها من المستندات التي تتخذ أساسًا لإتمام العقد، فالمؤمن له بالخيار بين أن يكتبها باللغة العربية أو بلغة أجنبية متداولة في التعامل (انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع وزارة الاقتصاد في هذا الصدد).

والسند الشرعي للمادة المقترحة: تلك القاعدة الأصولية التي تقضي بأن يخاطب الشخص باللغة التي يعرفها، فهذه القاعدة التي يجب أن تراعىٰ في الخطاب الذي يوجهه الشارع - يحسن أن تراعىٰ أيضًا في التعامل بين الأشخاص؛ حيث يكون العقد بمثابة القانون الذي يحكم العلاقة فيما بينهم.

مادة (750):

يجب أن تتضمن وثيقة التأمين - بالإضافة إلىٰ الشروط العامة - البيانات الآتية:

(أ) تاريخ توقيعها.

(ب) أسماء المتعاقدين وموطن كل منهم.

(جـ) الأشخاص أو الأشياء المؤمن عليها.

(د) طبيعة المخاطر المؤمن منها.

(هـ) التاريخ الذي يبدأ منه تأمين هذه المخاطر، والتاريخ الذي ينتهي فيه.

(و) القسط أو الاشتراك أو رأس المال الذي يؤديه المؤمن له، وتاريخ الاستحقاق وطريقة الأداء.

(ز) مقدار التعويض أو مبلغ التأمين الذي يضمنه المؤمن.

هذه المادة مستمدة من المادة (5) من مشروع وزارة الاقتصاد، والمادة (1058) من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي.

فوثيقة التأمين - وهي عقد التأمين ذاته - تتضمن الشروط العامة المطبوعة التي يضعها المؤمن، وإلىٰ جانب هذه الشروط العامة تذكر بيانات تكتب بالآلة الكاتبة أو باليد، وتشمل هذه البيانات:

(1) تاريخ توقيع الوثيقة من المؤمن، فهذا التاريخ يحدد الوقت الذي قبل فيه المؤمن إبرام العقد، ولكن العقد لا يتم إلا من وقت وصولها إلىٰ المؤمن له موقعًا عليها من المؤمن (م 2)، ووقت تمام العقد الذي يحدد متىٰ لا يجوز الرجوع فيه.

(2) أسماء المتعاقدين وموطن كلٍّ منهم، فهذه تحدد شخصية أطراف العقد.

(3) الأشخاص أو الأشياء المؤمن عليها، بحسب ما يكون التأمين تأمينًا علىٰ الأشخاص فيذكر اسم الشخص، أو يكون التأمين تأمينًا علىٰ الأشياء فتذكر أعيان هذه الأشياء.

(4) طبيعة المخاطر المؤمن منها، فتذكر أنواع هذه المخاطر.

(5) التاريخ الذي يبدأ منه تأمين المخاطر، وهو مبدأ سريان عقد التأمين، وكذلك

التاريخ الذي ينتهي فيه التأمين، وذلك لبيان مدة العقد.

(6) القسط أو الاشتراك الذي يؤديه المؤمن له، حيث يتعلق الأمر بالقسط إذا كان المؤمن شركة مساهمة، ويتعلق بالاشتراك إذا كان المؤمن جمعية تبادلية، ويذكر إلىٰ جانب ذلك تاريخ الاستحقاق وكيفية الأداء.

(7) مقدار التعويض أو مبلغ التأمين الذي يلتزم به المؤمن عند تحقق الخطر المؤمن منه، حيث يلتزم المؤمن بالتعويض في تأمينات الأضرار أو الخسائر، وهي التأمينات العامة من حريق ونقل بحري وسيارات ونحو ذلك، ويلتزم بمبلغ التأمين في التأمينات النقدية (الحياة)؛ إذ لا يمكن تقدير قيمة الخسارة تقديرًا كميًّا، فيتم الاتفاق علىٰ سداد مبلغ معين عند الوفاة - مثلًا - أو العجز الدائم، أو بلوغ المؤمن علىٰ حياته السن المتفق عليها.

وليست هذه البيانات علىٰ سبيل الحصر، فقد تذكر بيانات أخرىٰ غيرها في وثيقة التأمين، كطريقة تقدير الأضرار وميعاد تسوية مبلغ التأمين.

والمفروض أن تأتي البيانات المذكورة في وثيقة مطابقة لما تم الاتفاق عليه في بادئ الأمر، عندما يتقدم المؤمن له بطلب التأمين، فإذا وجد المؤمن له عندما تسلم وثيقة التأمين، أن بعض هذه البيانات تخالف ما تم الاتفاق عليه - فله أن يطلب تصحيحها، فإذا أثبت ذلك وجب تصحيح الوثيقة حتىٰ تصبح مطابقة لما تم الاتفاق عليه، وإذا سكت عن طلب التصحيح مدة طويلة، فقد يستخلص من سكوته أنه نزل عن حقه في طلب التصحيح، وقبل ضمنًا الشروط المدونة في الوثيقة، فهذا هو ما تقضي به القواعد العامة.

والسند الشرعي للمادة المقترحة: أن استيفاء البيانات المذكورة فيها يكون مصلحة الطرفين قطعًا للنزاع.

مادة (751): لا يجوز إجراء أي تعديل أو إضافة في عقد التأمين إلا بمقتضىٰ ملحق، أو بالتأشير به علىٰ هامش الوثيقة بشرط توقيع المؤمن، ويجوز أن يتم بكتاب موصىٰ عليها مصحوبة بعلم وصول يتبادلها الطرفان، وتسري علىٰ التعديل

أو الإضافة الأحكام التي تسري علىٰ عقد التأمين الأصلي.

هذه المادة مستمدة من المادة (8) من مشروع وزارة الاقتصاد، والمادة (1057) من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي.

فأي تعديل لوثيقة التأمين الأصلية يجب أن يتفق عليه الطرفان، ويجب أن يثبت هذا الاتفاق في ملحق يوقع عليه المؤمن، أو بالتأشير به علىٰ هامش الوثيقة بشرط أن يوقع المؤمن علىٰ هذا التأشير، كما يجوز أن يثبت الاتفاق بكتب موصىٰ عليها مصحوبة بعلم وصول يتبادلها الطرفان.

فإذا ثبت الاتفاق علىٰ التعديل بأي طريقة من هذه الطرق، فإن حكمه من ناحية الشكل ومن ناحية الموضوع هو حكم الوثيقة الأصلية.

مادة (752): يجب أن يكون التأمين من الأضرار لمواجهة خطر يمس مصلحة اقتصادية مشروعة تعود علىٰ الشخص من عدم وقوع هذا الخطر.

هذه المادة تقابل المادة (749) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ أنه: «يكون محلًّا للتأمين كل مصلحة اقتصادية مشروعة تعود علىٰ الشخص من عدم وقوع خطر معين».

وقد عدلت هذه المادة على النحو الوارد في المادة المقترحة لسببين:

الأول: أن مبدأ المصلحة من العناصر الأساسية في التأمين من الأضرار.

والثاني: أن التأمين علىٰ الأشخاص لا يشترط فيه توافر عنصر المصلحة.

والسند الشرعي للمادة المقترحة: ما تقضي به الأصول العامة من وجوب أن يكون التأمين لمواجهة خطر يمس مصلحة شرعية معتبرة.

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (776) من التقنين الكويتي التي تنص علىٰ أن: «يقع التأمين من الأضرار باطلًا إذا لم يستند إلىٰ مصلحة اقتصادية مشروعة».

وتقابل المادة (984/ 1) من التقنين العراقي التي تنص علىٰ أنه: «يجوز أن يكون محلًّا للتأمين كل شيء مشروع يعود علىٰ الشخص بنفع من عدم وقوع خطر معين».

وتقابل المادة (921) من التقنين الأردني التي تنص علىٰ أنه: «لا يجوز أن يكون

محلًّا للتأمين كلُّ ما يتعارض مع دين الدولة الرسمي أو النظام العام».

مادة (753): يقع عقد التأمين باطلًا، إذا تبين أن الخطر المؤمن منه كان قد زال أو كان قد تحقق، في الوقت الذي تم فيه العقد.

هذه المادة مستمدة من المادة (782) من المشروع النهائي للتقنين الحالي، والمادة (25) من مشروع وزارة الاقتصاد.

ويرجع حكمها إلىٰ استحالة محلِّ التأمين، فمحلُّ عقد التأمين هو مواجهة خطر غير محقق الوقوع، إما لأن وقوعه غير محتم، أو لأن وقوعه محتم ولكن وقت وقوعه غير معروف. والخطر لا يكون غير محقق الوقوع إذا كان وقت إبرام عقد التأمين قد تحقق فعلًا أو زال. ففي الحالتين لا يكون الخطر محتملًا؛ إذ هو في الحالة الأولىٰ قد تحقق وقوعه، وهو في الحالة الثانية قد أصبح وقوعه مستحيلًا، ومن ثم يكون العقد باطلًا، وهذا الحكم يسري حتىٰ لو كان كل من الطرفين يجهل - وقت إبرام العقد - أن الخطر قد زال أو تحقق، فلو كان كلٌّ منهما يظن أن الخطر قائم محتمل، فإن العقد يكون باطلًا بالرغم من ذلك؛ حيث يكون الخطر في هذه الحالة خطرًا ظنيًّا، والتأمين من الخطر الظني لا يجوز، فهذا هو الرأي في التأمين السري، وهو الذي يتفق مع القواعد العامة، وذلك علىٰ خلاف ما هو مقرر في التأمين البحري.

وقد كانت المادة (1038) من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي تجري علىٰ الوجه الآتي: «يقع عقد التأمين باطلًا، إذا تبين أن الخطر المؤمن ضده كان قد زال، أو كان قد تحقق في الوقت الذي تم فيه العقد، وكان أحد الطرفين علىٰ الأقل عالمًا بذلك». وهذا النص بصياغته هذه يجيز التأمين من الخطر الظني، ولكن العبارة الأخيرة منه التي تقول: «وكان أحد الطرفين علىٰ الأقل عالمًا بذلك». حذفت في لجنة المراجعة، وبذلك أصبح الحكم كما هو وارد في النص المقترح، بحيث لا يجوز معه التأمين من الخطر الظني.

وقد نقل التقنين العراقي في المادة (984/ 2) منه نص المادة (1038) من المشروع التمهيدي، فهو بذلك يجيز التأمين من الخطر الظني.

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (777) من التقنين الكويتي.

والسند الشرعي للمادة المقترحة: تلك القاعدة الأصولية التي تبطل التعاقد علىٰ ما هو معدوم؛ إذ إن استحالة محل التأمين التي يقوم عليها البطلان إنما ترجع إلىٰ انعدام المحلِّ.

مادة (754): في جميع الأحوال التي يعيد فيها المؤمن تأمين ما هو مؤمن لديه من المخاطر لدىٰ الغير - يظل المؤمن وحده مسئولًا قبل المؤمن له أو المستفيد.

هذه المادة مستمدة من المادة (23) من مشروع وزارة الاقتصاد، والمادة (1039) من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي.

ذلك أن عقد إعادة التأمين بين المؤمن والمؤمن المعيد ليس إلا عقد تأمين، يصبح فيه المؤمن مؤمنًا له، ويصبح فيه المؤمن المعيد مؤمنًا، فثمة شركة تقوم بينهما، ولا يجوز فيها أن يلتزم المؤمن المعيد نحو المؤمن بأكثر مما يلتزم به المؤمن نحو المؤمن له، ولا شأن للمؤمن له بعقد إعادة التأمين، فهو أجنبي عنه لا يكسب منه حقًّا ولا يتحمل التزامًا، ويبقىٰ المؤمن وحده هو المسئول نحو المؤمن له بموجب عقد التأمين الأصلي الذي أبرم فيما بينهما.

علىٰ أنه يلاحظ مع ذلك أن عقد إعادة التأمين يستند إلىٰ عقد التأمين الأصلي ويقوم عليه، ويتبع مصيره في الصحة والبطلان والفسخ والسقوط، فالشركة التي تقوم بين المؤمن والمؤمن المعيد تتبع مصير الشركة التي تتم بين المؤمن له والمؤمن بموجب عقد التأمين الأصلي.

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (778) من التقنين الكويتي.

والسند الشرعي للمادة المقترحة: أن التعاون كما هو مندوب إليه بين المؤمن لهم، فهو مندوب إليه كذلك بين المؤمن الأصلي والمؤمن المعيد.

مادة (755): لا يجوز للمؤمن المباشر ولا للمؤمن المعيد أن يعيد التأمين لدىٰ هيئة أجنبية فيما يجاوز مقدار الاتفاقيات المبرمة، إلا بعد استنفاد ما تستطيع الهيئات

المصرية أن تضطلع به في إعادة التأمين.

هذه المادة مستحدثة.

وقد روعيت فيها مصلحة وطنية تقتضي أن تبقىٰ أموال التأمين في مصر، فلا تنتقل إلىٰ الخارج، ويحرم المواطنون من ثمرتها؛ إذ إن هيئات إعادة التأمين الأجنبية تكون أموالها في الخارج، وبالتالي فإن هذه الأموال تستثمر خارج مصر، ولا يفيد منها الاقتصاد الوطني.

والذي يحصل في العمل هو أن شركات التأمين المصرية تعقد اتفاقيات لإعادة التأمين لدىٰ هيئات مصرية وأجنبية في حدود مبلغ معين، وهذا واقع عملي يفرضه مدىٰ ما لهذه الشركات من طاقة مالية. ولذلك يقتصر نطاق حكم المادة المقترحة علىٰ إعادة التأمين فيما يزيد علىٰ المبالغ المحددة في هذه الاتفاقيات، ويتحقق ذلك إذا أبرمت شركات التأمين المصرية عقودًا تزيد قيمتها عن هذه المبالغ؛ حيث لا يجوز لها حينئذٍ أن تعيد التأمين لدىٰ هيئة أجنبية فيما يزيد علىٰ هذه المبالغ إلا بعد أن تعرض التعاقد علىٰ الهيئات المصرية؛ لكي تضطلع بما تستطيع القيام به في إعادة التأمين هذه.

ولا شك في أن الشرع الإسلامي يقر حكم المادة المقترحة، ما دام يهدف إلىٰ الحيلولة دون تسرب أموال المواطنين إلىٰ أيدي الأجانب خارج الوطن.

مادة (756): يقع باطلاً ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية:

1- الشرط الذي يخرج عن نطاق التأمين الأعمال المخالفة للقوانين واللوائح، ما لم تذكر علىٰ وجه التحديد المخالفة القانونية التي تخرج عن هذا النطاق.

2- الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلىٰ السلطات أو في تقديم المستندات، إذا تبين من الظروف أن التأخر كان لعذر مقبول.

3- كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر وكان متعلقًا بحال من الأحوال التي تؤدي إلىٰ البطلان أو السقوط.

4- شرط التحكيم إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة لا في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة.

5- كل شرط تعسفي آخر يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه.

هذه المادة تطابق المادة (750) من التقنين الحالي، ما عدا البند الأول منها.

فالبند الأول من المادة الأخيرة ينص علىٰ ما يأتي: «الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التأمين بسبب مخالفة القوانين واللوائح، إلا إذا انطوت هذه المخالفة علىٰ جناية أو جنحة عمدية». وقد استبدل بهذا النص ما ورد في البند الأول من المادة المقترحة لسببين:

السبب الأول: أن الشرط إنما يتعلق بنطاق التأمين، وليس بسقوط الحق في التأمين؛ إذ إن المؤمن إنما يشترط عدم تأمينه للعمل الذي يأتيه المؤمن له مخالفًا للقوانين واللوائح، فإذا أتىٰ المؤمن له مثل هذا العمل لا يكون له حق في التأمين أصلًا، لا أن يكون له الحق فيسقط.

والسبب الثاني: أن الجنايات والجنح العمدية تخرج عن نطاق التأمين بحكم القانون؛ حيث لا يجوز التأمين من الخطأ العمدي.

والمادة المقترحة تطابق المادة (985) من التقنين العراقي، ما عدا البند الأول منها الذي يطابق التقنين المصري الحالي.

وتطابق المادة (924) من التقنين الأردني، ما عدا البند الأول منها الذي يطابق نص التقنين المصري الحالي.

وتتفق مع المادة (784) من التقنين الكويتي.

وهي تتناول شروطًا تخالف النظام العام في تحديد الخطر.

منها شروط باطلة لاعتبارات شكلية وتشمل:

1- الشرط المطبوع الذي يتعلق بحال من الأحوال التي تؤدي إلىٰ البطلان أو السقوط، إذا لم يبرز هذا الشرط بشكل ظاهر؛ حيث يجب في مثل هذا الشرط أن يبرز بشكل ظاهر، كأن يكتب بحروف أكثر ظهورًا أو أكبر حجمًا، وإلا كان باطلًا، وإذا كتب بالآلة الكاتبة أو باليد، فإن هذا يكفي لاعتباره بارزًا بشكل ظاهر.

2- شرط التحكيم الذي يرد بين الشروط العامة المطبوعة، فهذا يجب أن يكون محل اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة.

ومنها شروط باطلة لاعتبارات موضوعية ترجع إلى التعسف وتشمل:

1- الشرط الذي يخرج من نطاق التأمين، الأعمال المخالفة للقوانين واللوائح، ما لم تذكر علىٰ وجه التحديد المخالفة القانونية التي تخرج عن هذا النطاق، ذلك أن الشرط الذي يخرج عن نطاق التأمين أي عمل يأتيه المؤمن له مخالفًا للقوانين واللوائح - يكون شرطًا عامًّا غير محدد فلا يعتد به، ومن ثم يكون باطلًا، فإذا ذكرت علىٰ وجه التحديد المخالفة القانونية التي تخرج من نطاق التأمين، كان الشرط صحيحًا، كمخالفة نص معين من قانون معين أو من لائحة معينة.

2- الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلىٰ السلطات أو في تقديم المستندات، إذا تبين من الظروف أن التأخر كان لعذر مقبول؛ إذ إن تمسك المؤمن رغم العذر الذي حمل المؤمن له علىٰ التأخر في إعلان الحادث أو في تقديم المستندات - يعتبر تعسفًا.

3- كل شرط تعسفي آخر يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه. وفي هذا تعميم بعد تخصيص، فبعد أن ذكر النص شروطًا معينة خصها بالذكر واعتبرها جائرة وقضىٰ ببطلانها، أورد حكمًا عامًّا بالنسبة إلىٰ كل شرط تعسفي آخر، لم تكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه، وفي هذا النطاق يكون التقدير للقاضي.

والسند الشرعي للمادة المقترحة: أن الشرع الإسلامي يأبىٰ التعسف، ويحرص كل الحرص علىٰ أن يكون المتعاقد علىٰ بينة مما يلتزم به.

مادة (757): يجوز لأي جماعة تتعرض لأخطار معينة أن تنشئ جمعية تأمين تبادلية، يتعاون أعضاؤها في تعويض من ينزل به الخطر منهم من الاشتراك الذي يؤديه كل عضو.

ويحدد القانون الشروط والأوضاع التي يجب أن تتوافر في هذه الجمعية لضمان تحقيق أغراضها.

هذه المادة مستحدثة.

وهي تتناول واقعًا عمليًّا، فهناك جمعيات تأمين تبادلية هي بمثابة جمعيات تعاونية، وفيها يحدد أعضاء الجمعية الأخطار التي يتعرضون لها، ويقومون بتعويض من يتحقق الخطر بالنسبة إليه منهم من الاشتراك الذي يؤديه كل عضو، فهم يتبادلون التأمين فيما بينهم؛ إذ يؤمن بعضهم بعضًا، فهم في وقت واحد مؤمنون ومؤمن لهم، ومن هنا وصفت هذه الجمعيات بأنها تبادلية.

ولضمان تحقيق الأغراض المقصودة من هذه الجمعيات، فإن القانون يحدد الشروط والأوضاع التي يجب توافرها لكفالة تحقيق هذه الأغراض.

والسند الشرعي للمادة المقترحة: ما جاء في قوله سُبْحَانَهُ وَتَعَالَىٰ: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ [سورة المائدة: 2]، فأعضاء الجمعية التبادلية يبارر بعضهم بعضًا، ويتقون بذلك الأخطار التي تنزل بأي منهم.

مادة (758): تقوم شركة مضاربة بين مجموع المؤمن لهم والمؤمن الذي يتولىٰ إدارة واستثمار أموال التأمين، ويقسم الربح بين الطرفين بنسبة يتفق عليها.

هذه المادة مستحدثة.

وهي تتضمن حكمًا تشريعيًّا جديدًا يتسق مع اعتبار التأمين عقد تعاون لا معاوضة، ويستبعد عنصر الغرر في هذا العقد.

حيث تقوم شركة مضاربة بين مجموع المؤمن لهم والمؤمن، وهي الشركة التي تتولىٰ إدارة واستثمار أموال التأمين، وفي هذه الشركة يقدم المؤمن لهم رأس المال، وهو عبارة عن مجموع الأقساط أو الدفع المالية الأخرىٰ التي يقدمها هؤلاء، ويقدم المؤمن العمل، حيث يتولىٰ إدارة واستثمار أموال التأمين، ويقسم الربح بين الطرفين بنسبة يتفق عليها.

والفقه الإسلامي ينظم شركة المضاربة باعتبارها طريقة مشروعة لاستثمار المال، وقد اقتبس المشروع أحكام شركة المضاربة من هذا الفقه (انظر: م 512 -524 من المشروع).

مادة (759):
1- يتولىٰ إدارة شركة المضاربة مجلس إدارة يمثل فيه المؤمن والمؤمن لهم، بحيث

يكون لكل طرف عدد من الممثلين مساوٍ للعدد الذي يمثل الآخر.
2- وينتدب المجلس من بين أعضائه عضوًا أو أكثر للقيام بما لم ينظر فيه من أعمال الإدارة، علىٰ أن يقدم العضو المنتدب تقريرًا سنويًّا إلىٰ المجلس عن كل ما يتعلق بإدارة واستثمار أموال التأمين.
3- وإذا أساء العضو المنتدب للإدارة التصرف، أو صدر منه غش - فيجوز للمجلس أن يعزله ويعين بدلًا منه عضوًا آخر، وفي هذه الحالة يتعين أن يخرج العضو المعزول من المجلس، ويحل محله ممثل آخر.

هذه المادة مستحدثة.

وهي تبين الطريقة التي تدار بها شركة المضاربة، حيث يتولىٰ هذه الإدارة مجلس يمثل فيه المؤمن والمؤمن لهم، بحيث يكون للمؤمن لهم عدد من الممثلين مساوٍ للعدد الذي يمثل المؤمن.

ونظرًا إلىٰ أن المجلس لا يستطيع من الناحية العملية أن ينظر في كل عمل يتعلق بإدارة واستثمار أموال التأمين، فإنه فيما عدا الأمور التي يرىٰ الفصل فيها بقرار منه، ينتدب من بين أعضائه عضوًا أو أكثر للقيام بأعمال الإدارة، ويكون علىٰ العضو المنتدب للإدارة أن يقدم إلىٰ المجلس تقريرًا سنويًّا عن كل ما يتعلق بإدارة واستثمار أموال التأمين.

وإذا أساء العضو المنتدب للإدارة التصرف، أو صدر منه غش - فيجوز للمجلس أن يعزله ويعين عضوًا آخر بدلًا منه، وفي هذه الحالة يجب أن يخرج العضو المعزول من المجلس، ويحل محله ممثل آخر للطرف الذي ينتمي إليه هذا العضو.

والسند الشرعي للمادة المقترحة: أنها تتضمن تنظيمًا للإدارة يكفل مصلحة كل من الطرفين في شركة المضاربة.

مادة (760): يجوز للمؤمن الذي يتولىٰ إدارة واستثمار أموال التأمين - أن يخلط هذه الأموال بماله، وفي هذه الحالة يقسم الربح بنسبة رأس المال، فيأخذ المؤمن ربح ماله، ويوزع ربح أموال التأمين علىٰ الوجه المتفق عليه.

هذه المادة مستحدثة.

وبمقتضاها يجوز للمؤمن - وهو الشركة التي تتولىٰ إدارة واستثمار أموال التأمين - أن يخلط هذه الأموال بماله، وفي هذه الحالة يقسم الربح بنسبة رأس المال، فيأخذ المؤمن ربح ماله، ويوزع ربح أموال التأمين وهي أموال المضاربة بحسب النسبة المتفق عليها.

وقد خالف المشروع في هذا الحكم القاعدة المقررة في شركة المضاربة، وهي التي تقضي بأنه لا يجوز للمضارب أن يخلط مال المضاربة بماله، ولا أن يعطيه للغير مضاربة، إلا إذا جرىٰ العرف بذلك، أو فوضه رب المال في أن يتصرف في أمور المضاربة بحسب ما يراه (518/ 1 من المشروع)، وذلك لكي يتيسر لشركة التأمين أن تمارس نشاطها علىٰ الوجه الذي تدعو إليه مصلحة الطرفين، ولأن رب المال فيما نحن بصدده هو مجموع المؤمن لهم، الذين يتغير عددهم من وقت إلىٰ آخر، الأمر الذي لا يتصور معه من الناحية العملية أن يصدر منهم تفويض للشركة في أن تتصرف بحسب ما تراه.

والسند الشرعي للمادة المقترحة: أن المصلحة تقتضي أن تمكن شركة التأمين من إدارة أموال التأمين واستثمارها علىٰ النحو الذي يحقق هذه المصلحة.

مادة (761): تكون أموال التأمين من حق المؤمن لهم، ويضاف إليها نصيبهم في الربح، ويؤخذ منها ما يجب علىٰ المؤمن أن يؤديه إلىٰ المؤمن له أو إلىٰ المستفيد في حالة وقوع الحادث، أو تحقق الخطر المؤمن منه.

هذه المادة مستحدثة.

وهي تحدد وضع أموال التأمين، فهذه الأموال تكون من حق المؤمن لهم، وهذا يتفق مع ما هو مقرر في شركة المضاربة (انظر المادة (524) من المشروع ومذكرتها الإيضاحية)، ويضاف إلىٰ هذه الأموال نصيب المؤمن لهم في الربح، فيصبح الربح جزءًا من هذه الأموال، ويسري عليه حكمها، ويوجد من هذه الأموال ما يجب علىٰ المؤمن أن يؤديه إلىٰ المؤمن له، أو إلىٰ المستفيد في حالة وقوع الحادث، أو تحقق الخطر

المؤمن منه. ومن هذا يتضح جليًّا كيف يتعاون المؤمن لهم في مواجهة الحادث أو الخطر الذي ينزل بأحدهم، فهم يقدمون من مالهم ما يعوضه عما حاق به من جراء هذا الحادث أو الخطر.

وهذا الضرب من البذل والتعاون يحبذه الشرع الإسلامي ويدعو إليه.

مادة (762): إذا زادت أموال التأمين زيادة كبيرة، فإنه يجوز للمؤمن أن يعيد النظر في مقدار قسط التأمين فيخفضه في ضوء هذه الزيادة، كما يجوز له أن يوزع علىٰ المؤمن لهم حصة من الربح بنسبة ما قدمه كل منهم من مال.

هذه المادة مستحدثة.

وحكمها يتسق مع التنظيم الجديد لعقد التأمين؛ حيث يعتبر نتيجة منطقية لقيام شركة مضاربة بين مجموع المؤمن لهم، فإذا تضخم رأس المال في هذه الشركة بسبب زيادة عدد المؤمن لهم، فإنه وفقًا لتقدير الاحتمالات علىٰ أساس قانون الكثرة - وهو الأساس الفني الذي يقوم عليه التأمين - تصبح نسبة تحقق الخطر المؤمن منه ضئيلة، وهذا يسمح بتخفيض قسط التأمين، وإذا تضخم رأس المال بسبب ما أضيف إليه من الربح، فإن هذا يدعو إلىٰ توزيع حصة من الربح علىٰ المؤمن لهم بنسبة ما قدمه كل منهم من مال.

وهذا الحكم يقره الشرع الإسلامي، ما دام أنه يؤدي إلىٰ التخفيف من عبء القسط الذي يدفعه المؤمن له، وإلىٰ حصوله علىٰ نصيب من الربح الذي يعتبر من حقه.

مادة (763): يجب علىٰ المؤمن أن يحتفظ بالمخصصات اللازمة لمواجهة التزاماته، كما يجب عليه أن يحتفظ باحتياطي من قيمة الربح، ويحدد القانون أنواع الاحتياطات التي يحتفظ بها المؤمن ومقدار كل منها، وتضاف أرباح استثمار أموال هذه المخصصات والاحتياطيات إليها، ما لم يقرر مجلس الإدارة توزيع حصة منها علىٰ المؤمن لهم.

هذه المادة مستحدثة.

فهناك ضمانات تكفل للمؤمن لهم الحصول علىٰ حقوقهم عند تحقق الخطر المؤمن منه. وأهم هذه الضمانات اثنان: الأول هو المخصصات والاحتياطات المختلفة، والثاني هو إعادة التأمين.

والمادة المقترحة تتناول المخصصات والاحتياطيات التي يجب علىٰ هيئة التأمين أن تحتفظ بها، حيث تكون المخصصات لمواجهة التزاماتها نحو المؤمن لهم، وتكون الاحتياطيات لدعم مركزها المالي، وذلك نظرًا إلىٰ أن هذه الهيئة ينبغي أن يكون لديها في كل وقت أصول تفي قيمتها بما عليها من الالتزامات.

ولكفالة الرقابة علىٰ هيئة التأمين، فإن القانون يحدد أنواع الاحتياطيات التي تحتفظ بها الهيئة ومقدار كل منها.

وتقوم هيئة التأمين باستثمار أموال ما لديها من مخصصات واحتياطيات، وما ينتج عن ذلك من ربح يضاف إلىٰ هذه المخصصات والاحتياطيات، ما لم يقرر مجلس الإدارة توزيع حصته منها علىٰ المؤمن لهم.

ومن الواضح أن الأغراض التي يراد تحقيقها من وراء أحكام المادة المقترحة يقرها الشرع الإسلامي.

مادة (764): يجب علىٰ الهيئات التي تتولىٰ إدارة واستثمار أموال التأمين - أن تمارس نشاطها في الوجوه الجائزة شرعًا.

هذه المادة مستحدثة.

وحكمها أمر يحتمه الطابع الشرعي الذي يسود المشروع، فقد نصت المادة (3) من المشروع علىٰ أن أحكام الشريعة الإسلامية القطعية تعتبر من النظام العام، ومن ثم يقع باطلًا كل نص أو اتفاق يخالف هذه الأحكام، كما حرم المشروع الربا، فقضىٰ ببطلان كل اتفاق علىٰ فوائد مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود أو التأخير في الوفاء به (م 235/ 1).

وعليه يتعين علىٰ الهيئات التي تتولىٰ إدارة واستثمار أموال التأمين - أن يكون استثمارها لهذه الأموال علىٰ النحو الذي يجيزه الشرع الإسلامي.

ولا شك في أن الشريعة الإسلامية تحتم ما يقضي به النص المقترح.

مادة (765): متىٰ تحقق الخطر أو حل أجل العقد، أصبح العقد أو مبلغ التأمين المستحق واجب الأداء بعد ثلاثين يومًا علىٰ الأكثر، من الوقت الذي يقدم فيه صاحب الحق البيانات والمستندات اللازمة؛ للتثبت من صحة ما يطلبه ومدىٰ ما يتمسك به من حقوق.

هذه المادة مستمدة من المادة (20) من مشروع وزارة الاقتصاد، والمادة (1064) من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي.

فمتىٰ تحقق الخطر المؤمن منه، أو حل أجل العقد في التأمين علىٰ الحياة - أصبح التزام المؤمن بدفع التعويض أو مبلغ التأمين واجب الأداء، ويكون ذلك في خلال ثلاثين يومًا من الوقت الذي يخطر فيه المؤمن له المؤمن بالبيانات والمستندات اللازمة؛ للتثبت من صحة متطلبه ومدىٰ ما يتمسك به من حقوق.

ويجوز للمتعاقدين أن يتفقا علىٰ أجل أقصر من ذلك لمصلحة المؤمن له، ولكن لا يجوز الاتفاق علىٰ أجل أطول ضد مصلحته.

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (766) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (988) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (929) من التقنين الأردني.

والسند الشرعي للمادة المقترحة: ذلك المبدأ الأساسي في الشريعة الإسلامية، الذي جاء في قوله سُبْحَانَهُ وَتَعَالَىٰ: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [سورة المائدة: 1].

مادة (766): في التأمين من الأضرار، لا يلتزم المؤمن بتعويض المؤمن له إلا عن الضرر الناتج من وقوع الخطر المؤمن منه، علىٰ ألا يجاوز ذلك مبلغ التأمين.

هذه المادة تقابل المادة (751) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «لا يلتزم المؤمن في تعويض المؤمن له، إلا عن الضرر الناتج من وقوع الخطر المؤمن منه، بشرط ألا يجاوز ذلك قيمة التأمين».

وقد عدلت هذه المادة، فضلًا عن التعديلات اللفظية، بأن أضيف في صدرها ما

يوضح أن حكمها يقتصر علىٰ التأمين من الأضرار.

ويرجع هذا التعديل إلىٰ أن التأمين علىٰ الأشخاص يسوده مبدأ رئيس هو انعدام صفة التعويض، فهو ليس بعقد تعويض؛ حيث لا يقصد به التعويض عن ضرر، سواء كان تأمينًا علىٰ الحياة أو تأمينًا من المرض أو تأمينًا من الإصابات إلىٰ غير ذلك من صور التأمين علىٰ الأشخاص، وقد لا يلحق المؤمن له أي ضرر في بعض صور التأمين علىٰ الحياة، كالتأمين لحالة البقاء، وكذلك في بعض أنواع التأمين علىٰ الأشخاص، كتأمين الزواج وتأمين الأولاد.

أما التأمين من أضرار فتسوده الصفة التعويضية، فهو عقد يهدف إلىٰ تعويض المؤمن له عن الضرر الذي يلحقه من جراء تحقق الخطر المؤمن منه، ومن ثم يخضع هذا التعويض لقيدين: **الأول**: أن يكون التعويض في حدود الضرر الذي لحق المؤمن منه. **والثاني**: ألا يجاوز التعويض مبلغ التأمين المذكور في الوثيقة، فالمؤمن له لا يتعاطىٰ إلا أقل القيمتين: مبلغ التأمين أو قيمة الضرر.

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (800) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (989) من التقنين العراقي.

والسند الشرعي للمادة المقترحة يتمثل في مبدأين:

المبدأ الأول: أن الضرر يزال (م 20 من المجلة)، وهو ما يقتضي أن يكون التعويض بقدر الضرر.

والمبدأ الثاني: أن المسلمين عند شروطهم، وهو ما يقتضي ألا يجاوز التعويض مبلغ التأمين.

مادة (767):

1- ينتهي عقد التأمين بانقضاء مدته المعينة في الوثيقة.

2- ومع ذلك فإنه - فيما عدا عقود التأمين علىٰ الحياة - إذا زادت مدة التأمين علىٰ خمس سنوات، جاز لكل من المؤمن والمؤمن له أن يطلب إنهاء العقد في نهاية كل خمس سنوات من مدة التأمين، إذا أخطر الطرف الآخر بكتاب موصىٰ عليه

مصحوب بعلم وصول قبل انقضاء هذه الفترة بستة أشهر علىٰ الأقل، ويجب بيان ذلك في وثيقة التأمين، ولا يجوز الاتفاق علىٰ ما يخالف ذلك.

الفقرة الأولىٰ من هذه المادة تطبيق للقواعد العامة، فمدة العقد من البيانات التي يجب أن تشتمل عليها وثيقة التأمين (م 750 من المشروع، وم 5 من مشروع وزارة الاقتصاد، وم (1058) من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي).

والفقرة الثانية مستمدة من المادة (24) من مشروع وزارة الاقتصاد، والمادة (1060) من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي.

فالأصل أن لطرفي العقد الحرية في تعيين مدته، غير أنه إذا زادت مدة العقد علىٰ خمس سنوات، فإنها تجاوز المدة التي يستطيع فيها المتعاقدان توقع الاحتمالات المختلفة التي تطرأ في خلال مدة العقد، وعليه تقتضي مصلحة كل من المتعاقدين - وبخاصة مصلحة المؤمن له - ألا يتقيد لمدة تزيد علىٰ خمس سنوات، فإذا عينت للعقد مدة تزيد علىٰ خمس سنوات، أو اتفق علىٰ أن تكون مدته غير محددة، كان لأي من المتعاقدين أن يتحلل من العقد بعد انقضاء كل خمس سنوات.

ونظرًا إلىٰ أن هذا الحكم قصد به حماية المتعاقدين، فإنه يعتبر من النظام العام، فلا يجوز النزول عنه أو الاتفاق علىٰ ما يخالفه.

ولا يسري هذا الحكم علىٰ عقود التأمين علىٰ الحياة، حيث تكون عادة طويلة المدة، حتىٰ يتمكن المؤمن له من ادخار مقدار كافٍ من المال، هذا إلىٰ أن المؤمن له ليس في حاجة إلىٰ هذه الحماية؛ إذ يستطيع - أيًّا كانت مدة العقد - أن يتحلل منه بعد انقضاء سنة واحدة (م 798 من المشروع).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (787) من التقنين الكويتي.

والسند الشرعي للمادة المقترحة: أن الشرع الإسلامي يقر مثل هذا الحكم، ما دام يقصد به حماية المتعاقدين، وإذا كان هذا الحكم يجب أن يذكر في وثيقة التأمين، فالمسلمون عند شروطهم.

مادة (768): في عقد التأمين علىٰ الحياة يجوز للمؤمن له الذي يقدم أقساطًا دورية أن يطلب إنهاء العقد في أي وقت، إذا أخطر المؤمن بكتاب موصىٰ عليه مصحوب بعلم وصول قبل انتهاء الفترة الجارية، وفي هذه الحالة تبرأ ذمته من الأقساط اللاحقة.

هذه المادة تقابل المادة (759) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ أنه: «يجوز للمؤمن له الذي التزم بدفع أقساط دورية أن يتحمل في أي وقت من العقد بإخطار كتابي يرسله إلىٰ المؤمن قبل انتهاء الفترة الجارية، وفي هذه الحالة تبرأ ذمته من الأقساط اللاحقة».

وقد أدخلت علىٰ هذه المادة تعديلات لفظية علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة، كما أضيفت إليها ما يفيد أن إخطار المؤمن بإنهاء العقد إنما يكون بكتاب موصىٰ عليه مصحوب بعلم وصول؛ لأن الإخطار عادة يكون بهذه الطريقة، وهي الطريقة ذاتها المنصوص عليها في المادة السابقة.

فبموجب المادة المقترحة - كما هو الحكم بمقتضىٰ نص التقنين الحالي - يلتزم المؤمن له في عقد التأمين علىٰ الحياة بدفع كل قسط يحل، فإذا أراد التحلل من العقد كان له ذلك، ولكن بشرط أن يخطر المؤمن بذلك قبل انتهاء السنة التي استحق عنها القسط، فإذا تم هذا الإخطار علىٰ النحو المذكور في المادة المقترحة - انتهىٰ العقد وتحلل المؤمن له من التزامه بدفع الأقساط التالية.

والمادة المقترحة تقابل المادة (996) من التقنين العراقي التي تطابق المادة (759) من التقنين المصري الحالي.

والسند الشرعي للمادة المقترحة: أن الشرع الإسلامي يقر مثل هذا الحكم، ما دام يقصد به حماية المؤمن له الذي قد تضطره ظروفه إلىٰ أن يتحلل من العقد.

مادة (769): في التأمين من الأضرار، يجوز بمقتضىٰ شرط محرر في الوثيقة بشكل ظاهر، الاتفاق علىٰ امتداد العقد ذاته إذا لم يقم المؤمن له قبل انتهاء مدته

بثلاثين يومًا علىٰ الأقل بإبلاغ المؤمن بكتاب موصىٰ عليه مصحوب بعلم وصول برغبته في عدم امتداد العقد، ولا يسري مفعول هذا الامتداد إلا سنة فسنة، ويقع باطلًا كل اتفاق علىٰ أن يكون امتداد التأمين لمدة تزيد علىٰ سنة.

هذه المادة مستمدة من المادة (9) من مشروع وزارة الاقتصاد، والمادة (1061) من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي.

وهي تقرر عرفًا تأمينيًّا يحمي المؤمن من مفاجأته بعدم امتداد العقد يخطر به في وقت قصير، ويحمي المؤمن له، فلا يفاجأ هو الآخر بامتداد العقد لمجرد سكوته.

ويشترط لامتداد العقد بعد انقضاء مدته الأصلية أن تتوافر الشروط الآتية:

(1) أن يكون عقد تأمين من الأضرار. أما عقد التأمين علىٰ الحياة فهو إما أن ينتهي بالموت فلا يقبل الامتداد، وإما أن ينتهي بانقضاء مدة محدودة، وهذه المدة تقبل التعديل بملحق للوثيقة، ولا تمتد عادة بشرط في العقد.

(2) أن تكون مدة العقد محددة، فإن كانت مدته غير محددة، فإنها تمتد بطبيعتها إلىٰ غير أجل محدد.

(3) أن يكون هناك شرط صريح في وثيقة التأمين يقضي بامتداد العقد من تلقاء ذاته، إذا لم يعارض المؤمن له في الامتداد، ويجب أن يبرز هذا الشرط بشكل ظاهر لأهميته.

(4) أن تنقضي مدة العقد بأكملها. فإن الامتداد لا يكون إلا بعد انقضاء المدة الأصلية.

(5) أن يسكت المؤمن له ولا يعارض في امتداد العقد، فإذا عارض في الامتداد بكتاب موصىٰ عليه مصحوب بعلم وصول يبلغه للمؤمن قبل انقضاء المدة بثلاثين يومًا علىٰ الأقل - فلا يمتد العقد.

والمادة المقترحة تتفق في الجملة مع المادة (788) من التقنين الكويتي.

والسند الشرعي للمادة المقترحة أن المسلمين عند شروطهم، لا سيما إذا تضمنت هذه الشروط ما يكفل الحماية لمصلحة المتعاقدين.

مادة (770):

1- لا تسمع الدعاوىٰ الناشئة عن عقد التأمين بعد انقضاء ثلاث سنوات من

وقت حدوث الواقعة التي تولدت عنها هذه الدعاوىٰ.

2- **ومع ذلك:**

(أ) لا تسري هذه المادة في حالة إخفاء بيانات متعلقة بالخطر المؤمن منه، أو تقديم بيانات غير صحيحة أوغير دقيقة عن هذا الخطر، إلا من اليوم الذي علم فيه المؤمن بذلك.

(ب) ولا تسري في حالة وقوع الحادث المؤمن منه، إلا من اليوم الذي علم فيه ذوو الشأن بوقوعه.

(ج) ولا تسري عندما يكون سبب دعوىٰ المؤمن له علىٰ المؤمن ناشئًا عن رجوع الغير عليه، إلا من يوم رفع الدعوىٰ من هذا الغير علىٰ المؤمن له، أو من اليوم الذي يستوفي فيه الغير التعويض من المؤمن له.

هذه المادة تقابل المادة (752) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي:

«1- تسقط بالتقادم الدعاوىٰ الناشئة عن عقد التأمين بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حدوث الواقعة التي تولدت عنها هذه الدعاوىٰ.

2- **ومع ذلك لا تسري هذه المادة:**

(أ) في حالة إخفاء بيانات متعلقة بالخطر المؤمن منه، أو تقديم بيانات غير صحيحة أو غير دقيقة عن هذا الخطر، إلا من اليوم الذي علم فيه المؤمن بذلك.

(ب) في حالة وقوع الحادث المؤمن منه، إلا من اليوم الذي علم فيه ذوو الشأن بوقوعه».

وقد أدخلت على هذه المادة التعديلات الآتية:

1- أخذ في المادة المقترحة بمبدأ عدم سماع الدعوىٰ الذي يقول به الفقه الإسلامي، بدلًا من مبدأ السقوط بالتقادم الذي يأخذ به التقنين الحالي، وذلك جريًا علىٰ الخطة التي سار عليها المشروع.

2- أضيفت في الفقرة الثانية من المادة المقترحة حالة ثالثة مستثناة من القاعدة المنصوص عليها في الفقرة الأولىٰ، وهي حالة ما إذا كان سبب دعوىٰ المؤمن له علىٰ

المؤمن ناشئًا عن رجوع الغير عليه، وقد ورد ذكر هذه الحالة في النص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1077)، ولكنها حذفت في لجنة المراجعة.

3- أدخلت تعديلات لفظية علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة.

وبمقتضىٰ المادة المقترحة تسري مدة عدم سماع الدعوىٰ القصيرة وهي ثلاث سنوات، علىٰ الدعاوىٰ الناشئة عن عقود التأمين، سواء كان المؤمن شركة - وهذا هو الغالب - أو كان جمعية تأمين تبادلية، وسواء كانت هذه الدعاوىٰ للمؤمن كدعوىٰ المطالبة بالأقساط المستحقة، أو كانت دعاوىٰ المؤمن له كدعوىٰ المطالبة بمبلغ التأمين عند تحقق الخطر المؤمن منه.

والقاعدة: أن مدة عدم سماع الدعوىٰ تسري من وقت حدوث الواقعة التي تولدت عنها هذه الدعوىٰ. وهي القاعدة الواردة في الفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة.

غير أن هناك حالات ثلاث يتأخر فيها بدء سريان هذه المدة عن وقت حدوث الواقعة التي تولدت عنها الدعوىٰ، وهي الحالات المذكورة في الفقرة الثانية من المادة المقترحة، حيث يكون تأخير بدء سريان المدة في هذه الحالات بمثابة وقف للتقادم بسبب تعذر رفع الدعوىٰ.

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (807) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (932) من التقنين الأردني التي تتفق مع المادة (752) من التقنين المصري الحالي.

والسند الشرعي للمادة المقترحة: أن الأحكام الواردة فيها مما يملكه ولي الأمر من تخصيص القضاء.

مادة (771): إذا أراد المؤمن إنهاء شركة المضاربة، أو انتهاء الشركة لسبب آخر - وجب علىٰ المؤمن أن يتقدم بطلب إلىٰ مصلحة التأمين لتحويل وثائقه مع الحقوق والالتزامات المترتبة عليها إلىٰ هيئة أخرىٰ يعينها مجلس الإدارة، وينشر الطلب في الجريدة الرسمية وفي صحيفتين يوميتين علىٰ الأقل، ويجب أن يتضمن هذا الطلب دعوة حملة الوثائق وغيرهم من أصحاب الشأن إلىٰ تقديم ملاحظاتهم علىٰ التحويل في

ميعاد ثلاثة أشهر من تاريخ النشر، ويصدر وزير الاقتصاد قرارًا بالموافقة علىٰ التحويل مراعيًا في ذلك جميع الظروف، وينشر هذا القرار في الجريدة الرسمية، ويحتج به قبل المؤمن لهم والمستفيدين من الوثائق التي أبرمها المؤمن، وفي هذه الحالة تنتقل أموال التأمين إلىٰ الهيئة التي حولت إليها الوثائق، وتقوم شركة مضاربة جديدة بين المؤمن لهم وهذه الهيئة.

هذه المادة مستحدثة.

وهي تتناول الوضع في حالة ما إذا أراد المؤمن إنهاء شركة المضاربة التي قامت بينه وبين المؤمن لهم، أو انتهت الشركة لسبب آخر، فأوجبت علىٰ المؤمن في هذه الحالة - وهو شركة التأمين - أن يتقدم بطلب إلىٰ مصلحة التأمين لتحويل وثائقه مع الحقوق والالتزامات المترتبة عليها إلىٰ هيئة أخرىٰ يعينها مجلس الإدارة، وهذا ما يسمىٰ في محيط التأمين بانتقال المحفظة cession de portefeuille، وهو عبارة عن انتقال العقد إلىٰ مؤمن آخر غير المؤمن الأصلي (انظر المادة (47) من القانون رقم (195) لسنة 1959 والمادة (34) من مشروع وزارة الاقتصاد، وهما تتناولان حالة ما إذا أراد المؤمن تحويل وثائقه إلىٰ هيئة أخرىٰ أو أكثر).

ويجب أن ينشر هذا الطلب في الجريدة الرسمية وفي صحيفتين يوميتين علىٰ الأقل، وذلك حتىٰ يتوافر له الإعلان المكاني لأن يعلم به كل ذي شأن، نظرًا لخطورته وما يترتب عليه من أثر، ولهذا يجب أن يتضمن دعوة حملة الوثائق وغيرهم من أصحاب المصلحة إلىٰ تقديم ملاحظاتهم علىٰ التحويل في ميعاد ثلاثة أشهر من تاريخ النشر.

وبعد انتهاء هذا الميعاد يصدر وزير الاقتصاد قرارًا بالموافقة علىٰ التحويل، آخذًا في اعتباره مدىٰ سلامة القرار الذي أصدره مجلس الإدارة بتعيين الهيئة التي تحول إليها الوثائق، وكذلك الملاحظات التي أبديت من أصحاب الشأن علىٰ التحويل، وأية ظروف أخرىٰ، وينشر هذا القرار في الجريدة الرسمية، وحينئذٍ يحتج به قبل المؤمن لهم والمستفيدين من الوثائق التي أبرمها المؤمن.

ويترتب علىٰ ذلك أن تنتقل أموال التأمين إلىٰ الهيئة التي حولت إليها الوثائق،

وتقوم شركة مضاربة جديدة بين المؤمن لهم وهذه الهيئة.

مادة (772): يقع باطلًا كل اتفاق يخالف أحكام النصوص الواردة في هذا الفصل، إلا أن يكون ذلك لمصلحة المؤمن له أو لمصلحة المستفيد.

هذه المادة تطابق المادة (753) من التقنين الحالي.

وهي تقرر حكمًا أساسيًّا في نظام التأمين، حيث يقصد به حماية الطرف الضعيف في العقد، وهو المؤمن له، ويأخذ حكمه المستفيد، ولذلك لم يعد يجوز لشركات التأمين أن تتفق علىٰ عدم سريان حكم من الأحكام المنصوص عليها في هذا الصدد، أو تعديل هذا الحكم لمصلحتها، وهو ما درجت عليه هذه الشركات من قبل.

والمادة المقترحة تطابق المادة (991) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (808) من التقنين الكويتي.

وغني عن البيان أن الشرع الإسلامي يقر حكم المادة المقترحة، ما دام يقصد به حماية الطرف الضعيف في العقد.

مادة (773): الأحكام المتعلقة بعقد التأمين التي لم يرد ذكرها في هذا القانون - تنظمها القوانين الخاصة.

هذه المادة تطابق المادة (748) من التقنين الحالي.

وعلة ورودها أن الأحكام المنصوص عليها في هذا الفصل ليست إلا أحكامًا عامة لعقد التأمين، بل إنها ليست كل الأحكام العامة، ويبقىٰ بعد ذلك فريق من هذه الأحكام، وكذلك الأحكام الخاصة بأنواع مختلفة من التأمين ينفرد بها كل نوع علىٰ حدة.

وقد جرت أغلب التشريعات علىٰ أن تنظيم عقد التأمين بقوانين خاصة تستوعب الأحكام الكلية، والأحكام الجزئية بتفصيلاتها الكثيرة التي لا يتسع لها التقنين المدني، ومراعاة لهذا الاعتبار جاءت نصوص التقنين الحالي قاصرة علىٰ بعض هذه الأحكام، انتظارًا لقانون خاص يصدر في هذا الشأن.

وقد سبق لوزارة الاقتصاد أن وضعت مشروعًا لقانون التأمين، وحان الوقت لإعادة النظر فيه في ضوء النهج الجديد الذي اتخذه المشروع، حيث عاد بعقد التأمين إلىٰ

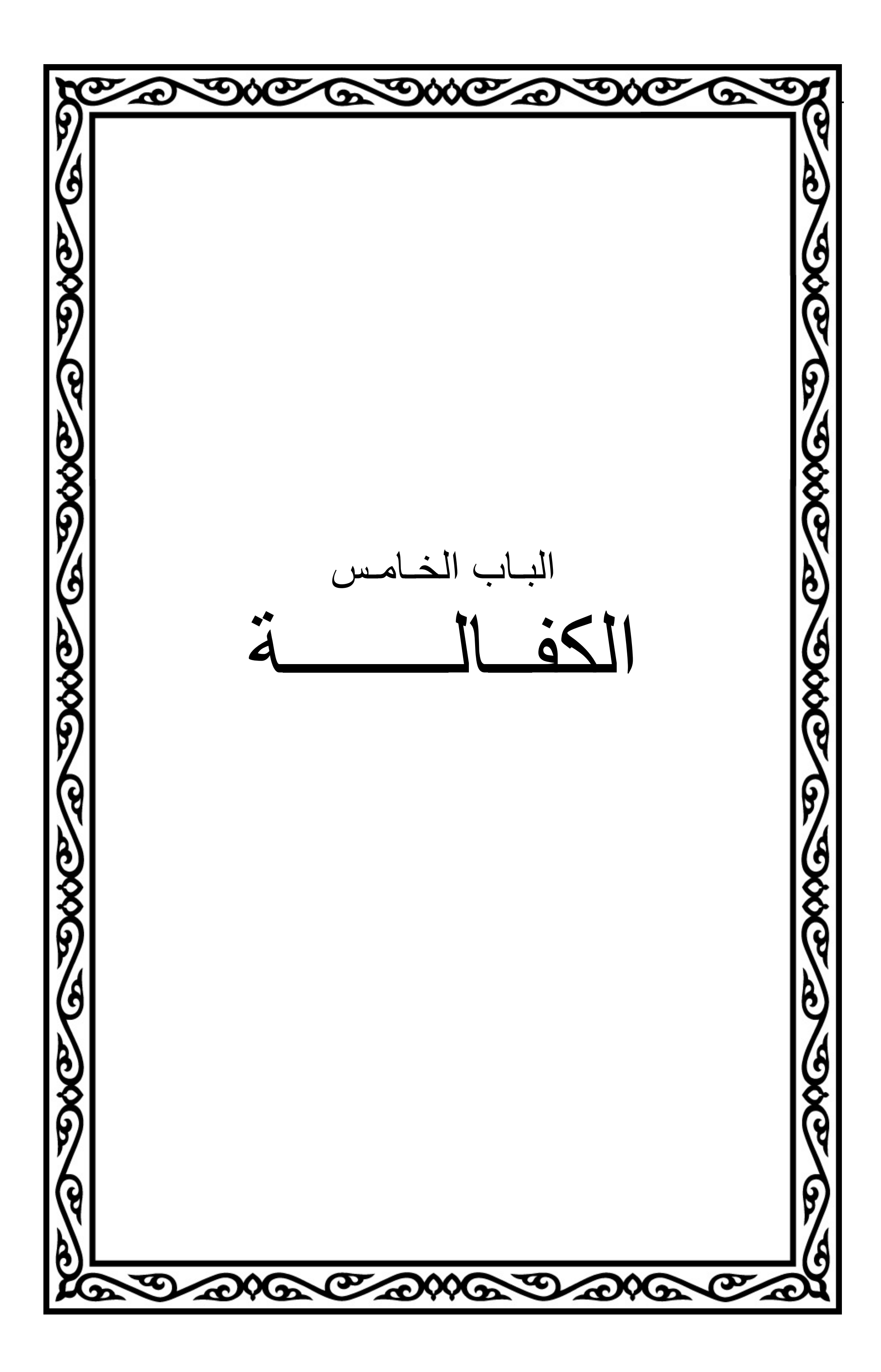
وضعه السوي، فاعتبره عقد تعاون، وعلىٰ هذا الأساس قضىٰ بقيام شركة مضاربة بين مجموع المؤمن لهم والمؤمن، فلم يعد هناك مجال لأدنىٰ شك في شرعية هذا العقد.

والمادة المقترحة تطابق المادة (1007) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (923) من التقنين الأردني.

وتتفق مع المادة (809) من التقنين الكويتي.





الباب الخامس

الكفالة

مادة (774): الكفالة عقد تضم بمقتضاه ذمة إلىٰ ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام.

هذه المادة تقابل المادة (772) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام، بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه».

ويؤخذ علىٰ هذا التعريف أنه يتحدث في عبارته الأخيرة عن التزام يقع علىٰ عاتق الكفيل، مع أن الالتزام أثر للعقد، ويجب أن ينصب التعريف علىٰ محل العقد، وهو العملية القانونية المقصودة منه، ولهذا فإن العبارة الأولىٰ من هذا التعريف تكفي؛ لأنها تتناول محل العقد، وهو كفالة تنفيذ التزام.

وقد رئي في المادة المقترحة الأخذ بالتعريف الذي يقول به الفقه الإسلامي، وهو يتناول محل العقد، ويمتاز بأنه يوحي بفكرة الضمان؛ لأن ضم ذمة الكفيل إلىٰ ذمة المدين إنما هو لضمان الوفاء بالدين.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1133) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 5/ ص 421 - 423).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (1008) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (950) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (745) من التقنين الكويتي.

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (612) من المجلة علىٰ ما يأتي: «الكفالة ضم ذمة إلىٰ ذمة في مطالبة شيء، يعني أن يضم أحد ذمته إلىٰ ذمة آخر، ويلتزم أيضًا المطالبة التي لزمت في حق ذلك».

ونصت المادة (822) من مرشد الحيران علىٰ ما يأتي: «الكفالة هي ضم ذمة الكفيل إلىٰ ذمة الأصيل في المطالبة بنفس أو دين أو عين».

ونصت المادة (583) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة علىٰ ما يأتي: «الكفالة ضم ذمة إلىٰ ذمة في المطالبة مطلقًا». وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة أن المطالبة إما أن تكون بنفس أو دين أو بعين.

ونصت المادة (282) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام الشافعي علىٰ ما يأتي: «الضمان عقد يقتضي التزام حق ثابت في ذمة الغير، أو إحضار من هو عليه أو عين مضمونة».

ونصت المادة (292) من هذا المشروع علىٰ ما يأتي: «كفالة البدن التزام إحضار المكفول إلىٰ المكفول له».

ونصت المادة (323) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك علىٰ ما يأتي: «الضمان التزام مكلف غير سفيه دينًا علىٰ غيره، أو إحضار المدين لدائنه بما يدل عليه عرفًا». وجاء في إيضاح هذه المادة أن هذا النص اشتمل علىٰ تعريف الضمان، ويسمىٰ أيضًا كفالة وحمالة. وقد علم من التعريف أن الضمان نوعان: ضمان المال: وهو المشار إليه في التعريف بالتزام دين. وضمان الوجه: وهو المشار إليه بالتزام إحضار المدين لدائنه (الشرح الصغير وحاشيته ج 2/ ص 171).

ونصت المادة (1061) من مجلة الأحكام الشرعية علىٰ ما يأتي: «الضمان التزام ما وجب أو يجب علىٰ غيره مع بقائه عليه، أو هو ضم الإنسان ذمته إلىٰ ذمة غيره فيما يلزمه حالًا أو مالًا».

ونصت المادة (1066) علىٰ ما يأتي: «الكفالة هي التزام إحضار من عليه حق مالي إلىٰ ربه».

ودليل مشروعية الكفالة الإجماع، وسنده قوله تعالىٰ: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾ [سورة يوسف: 72]، فالكفيل كان رسولًا للملك، والرسول سفير. فكأنه قال: إن الملك يقول لمن جاء به حمل بعير، ثم قال الرسول: وأنا بذلك الحمل زعيم. أي: كفيل. وقول النبي ﷺ: «**الزعيم غارم**». أي: يلزمه الأداء عند المطالبة.

(1) أركان الكفالة:

مادة (775):

1- إذا التزم شخص بتقديم كفيل، وجب عليه أن يقدم كفيلًا موسرًا ومقيمًا في مصر، وله أن يقدم عوضًا عن الكفيل تأمينًا عينيًّا كافيًا.

2- وإذا أعسر الكفيل بعد الكفالة، أو نقل محل إقامته خارج مصر - وجب علىٰ

المدين تقديم كفيل آخر، ما لم يكن الدائن قد اشترط شخصًا معينًا لكفالة الدين، أو كان الكفيل قد التزم دون علم المدين أو رغم معارضته.

الفقرة الأولىٰ من هذه المادة تطابق المادة (774) من التقنين الحالي، مع استبدال كلمة «كفيلًا» بكلمة «شخصًا».

والفقرة الثانية منها تتفق مع المادة (1140) من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي، حيث كانت تنص علىٰ ما يأتي:

«1- إذا أعسر الكفيل بعد الكفالة، وجب تقديم كفيل آخر.

2- ويستثنىٰ من ذلك أن يكون الدائن قد اشترط شخصًا معينًا لكفالة الدين، أو أن يكون الكفيل قد التزم دون علم المدين».

وفي لجنة المراجعة رأت اللجنة عدم الموافقة علىٰ حكمها، والاكتفاء في موضوعها بالقواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 5/ ص 429- 431 في الهامش).

وقد رئي أن يستثنىٰ من حكم الفقرة الثانية في المادة المقترحة فضلًا عن حالتي اشتراط الدائن شخصًا معينًا لكفالة الدين، والتزام الكفيل دون علم المدين - حالة ثالثة: هي أن يكون الكفيل قد التزم رغم معارضة المدين. إذ إن لهذه الحالة سندها من المنطق، كما هو الشأن في الحالتين الأخريين.

انظر: المذكرة الإيضاحية للمواد المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1141 و1141 مكررًا و1142)، والمناقشات التي دارت في شأنها في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 5/ ص 429 - 440).

فبمقتضىٰ الفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة يشترط في الكفيل الذي يلتزم المدين بتقديمه شرطان، هما: أن يكون موسرًا، وأن يكون مقيمًا في مصر، وللمدين أن يقدم عوضًا عن الكفيل، تأمينًا عينيًّا كافيًا.

وبمقتضىٰ الفقرة الثانية من هذه المادة يجب أن يستمر الكفيل متوافرًا علىٰ هذين الشرطين ما دامت الكفالة قائمة، فإذا تخلف أحد هذين الشرطين أو كلاهما، وجب علىٰ المدين تقديم كفيل آخر يتوافر فيه هذان الشرطان، ويستثنىٰ من ذلك - فلا يجب

علىٰ المدين تقديم كفيل آخر - حالات ثلاث:

الأولىٰ: إذا كان الدائن قد اشترط شخصًا معينًا لكفالة الدين. حيث لا وجه لأن يلتزم المدين بتقديم شخص آخر إذا أصبح الشخص الذي طلبه الدائن بالذات غير متوافر علىٰ الشروط الواجبة. **والثانية**: إذا كان الكفيل قد التزم دون علم المدين. **والثالثة**: إذا كان الكفيل قد التزم رغم معارضته المدين. إذ في هاتين الحالتين لا يستساغ إلزام المدين بتقديم شخص آخر، إذا أصبح الشخص الذي لا يعلم بالتزامه أو التزم رغمًا عنه غير متوافر علىٰ الشروط الواجبة.

والمادة المقترحة تقابل المادة (747) من التقنين الكويتي.

والسند الشرعي للفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة أن حكمها يحقق مقصود الشارع من الكفالة؛ إذ هي للتوثيق فإذا التزم المدين بأن يقدم كفيلًا، فإن ما يتحقق به مقصود العاقدين ومقصود الشارع هو أن يكون الكفيل موسرًا، وكذلك الإقامة في مصر حتىٰ يمكن الحصول علىٰ الدين من الكفيل إذا لم يف به المدين.

وإذا قدم المدين تأمينًا عينيًّا كافيًا بدلًا عن الكفيل، لزم الدائن قبوله؛ لأن قصده قد تحقق، وربما علىٰ نحو أفضل، فليس له مصلحة في الإصرار علىٰ أن يقدم المدين كفيلًا، وإلا كان مضارًا، والقاعدة الشرعية: أنه لا ضرر ولا ضرار.

وحكم الفقرة الثانية يعتبر استكمالًا لحكم الفقرة الأولىٰ من حيث تحقيق مقصود العاقدين ومقصود الشارع.

مادة (776): لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحًا.

هذه المادة تطابق المادة (776) من التقنين الحالي. وتطابق المادة (750/ 1) من التقنين الكويتي.

وتتفق مع ما جاء في المادة (954) من التقنين الأردني.

انظر: مناقشات لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ، والتقرير الذي انتهت إليه في شأن هذه المادة في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 5/ ص 445 و446).

ويتفق حكم المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الإسلامي:

فقد نصت المادة (585) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة علىٰ ما يأتي: «يشترط لصحة الكفالة:

(أ) أن يكون للكفيل أهلية التبرع.

(ب) أن يكون المكفول به مضمونًا علىٰ الأصيل مقدور التسليم، والعين مضمونة بنفسها، والدين لازمًا».

وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة: وفي البدائع ذكر شرائط ثلاثة للمكفول به:

الأول: أن يكون مضمونًا علىٰ الأصيل دينًا أو عينًا أو نفسًا أو فعلًا، ولكن يشترط في العين أن تكون مضمونة بنفسها.

الثاني: أن يكون مقدور التسليم من الكفيل، فلا تجوز بالحدود والقصاص.

والثالث: أن يكون الدين لازمًا وهو خاص بالكفالة بالمال، وأن يكون الدين صحيحًا قائمًا. والدين صحيح هو: ما لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء (ابن عابدين: ج 4، ص 262 و263).

ونصت المادة (825) من مرشد الحيران على ما يأتي:

«يشترط أيضًا لصحة الكفالة أن يكون المكفول به مضمونًا علىٰ الأصيل دينًا أو عينًا أو نفسًا معلومة، وأن يكون مقدور التسليم من الكفيل».

ونصت المادة (631) من المجلة علىٰ ما يأتي: «يشترط في الكفالة بالمال أن يكون المكفول به مضمونًا علىٰ الأصيل يعني: أن إيفاءه يلزم الأصيل، فتصح الكفالة بثمن المبيع، وبدل الإجارة وسائر الديون الصحيحة، كذلك تصح الكفالة بالمال المغصوب، وعند المطالبة يكون الكفيل مجبورًا علىٰ إيفائه عينًا أو بدلًا..».

ونصت المادة (224) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أحمد بن حنبل علىٰ ما يأتي: «يشترط في الكفالة ما يأتي:

(أ) رضا الكفيل لا المكفول له، ولا المكفول به.

(ب) أن يكون المكفول معينًا يلزمه الحضور إلىٰ مجلس الحكم.

(ج) أن يكون ما علىٰ المكفول حقًّا ماليًّا مضمونًا شرعيًّا.

(د) أن يكون أجل الكفالة معلومًا.

مادة (777): إذا كانت الكفالة بسبب نقص أهلية المدين، كان الكفيل ملزمًا بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين.

هذه المادة تتفق مع المادة (777) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «من كفل التزام ناقص الأهلية، وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية - كان ملزمًا بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول».

وقد أدخل علىٰ هذه المادة تعديل لفظي علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة.

انظر ما دار حول هذه المادة في اللجان المختلفة في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 5/ ص 447 - 452).

والمادة المقترحة تقابل المادة (750/ 2) من التقنين الكويتي.

وحكمها يتفق مع أحكام الفقه الإسلامي.

فقد نصت المادة (629) من المجلة علىٰ ما يأتي: «لا يشترط كون المكفول عنه عاقلًا وبالغًا، فتصح الكفالة بدين المجنون والصبي».

ونصت المادة (824) من مرشد الحيران علىٰ ما يأتي: «يشترط لصحة الكفالة أن يكون كل من الكفيل والمكفول له عاقلًا بالغًا. فلا تصح كفالة مجنون ولا صبي ولو كان تاجرًا، ولا الكفالة لمجنون أو صبي إلا إذا كان تاجرًا، وأما الكفالة عنه فهي لازمة للكفيل يؤخذ بها الكفيل».

مادة (778):

1- تجوز كفالة الدين المستقبل إذا حدد مقدمًا المبلغ المكفول، كما تجوز كفالة الدين الشرطي.

2- وإذا كان الكفيل في الدين المستقبل لم يعين مدة الكفالة - كان له أن يرجع فيها في أي وقت ما دام الدين المكفول لم ينشأ.

هذه المادة تتفق مع المادة (778) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- تجوز الكفالة في الدين المستقبل إذا حدد مقدمًا المبلغ المكفول، كما تجوز

الكفالة في الدين الشرطي.

2- علىٰ أنه إذا كان الكفيل في الدين المستقبل لم يعين مدة للكفالة - كان له في أي وقت أن يرجع فيها ما دام الدين المكفول لم ينشأ».

وقد أدخلت علىٰ هذه المادة تعديلات لفظية علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1136) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج5/ ص 454 - 457).

والمادة المقترحة تقابل المادة (749) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (959) من التقنين الأردني.

وفي الفقه الإسلامي تصح كفالة الدين المستقبل، فقد نصت المادة (724) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك علىٰ ما يأتي: «يشترط في لزوم الضمان للضامن أن يكون دين المضمون لازمًا له في الحال أو في المستقبل، وأن يكون الضامن غير محجور عليه فيما ضمن فيه من ماله».

ونصت المادة (328) من هذا المشروع علىٰ ما يأتي: «إذا طلب شخص من غيره أن يداين شخصًا علىٰ أن يكون ضامنًا له، ولم يعين له قدر الدين - لزمه ضمان ما داينه به، إن كان قدره يداين به المضمون عادة، أو ضمان المعتاد فقط، إن كان قدره أكثر مما يداين به عادة، فإن عين له قدر الدين، لزمه ضمانه ولو كان أكثر من المعتاد، وله أن يرجع عن ضمانه قبل المداينة أو قبل تمامها، فلا يلزمه ضمان ما حصل منها بعد الرجوع إن علم المضمون له برجوعه قبل المداينة، فإن رجع بعد المداينة أو رجع قبلها، ولم يعلم المضمون له برجوعه - فلا يقبل منه الرجوع في الحالتين» (الشرح الكبير وحاشيته ج 3/ ص 300).

ونصت المادة (640) من المجلة علىٰ ما يأتي: «ليس للكفيل أن يخرج نفسه من الكفالة بعد انعقادها، ولكن له ذلك قبل ترتب الدين في ذمة المديون في الكفالة المعلقة والمضافة، فكما أنه ليس لمن كفل أحدًا عن نفسه أو دينه منجزًا أن يخرج نفسه من الكفالة، كذلك لو قال ما يثبت لك علىٰ فلان من الدين: فأنا ضامن له. ليس له الرجوع عن الكفالة؛ لأنه وإن كان ثبوت الدين مؤخرًا عن عقد الكفالة، لكن ترتبه في ذمة

المديون مقدم علىٰ عقد الكفالة. وأما لو قال: ما تبيعه لفلان فثمنه عليَّ. أو قال: أنا كفيل بثمن المال الذي ستبيعه لفلان. يضمن للمكفول له ثمن المال الذي يبيعه المكفول له لفلان المذكور، إلا أن له أن يخرج نفسه من الكفالة قبل البيع بأن يقول: رجعت عن الكفالة، فلا تبع لذلك الرجل مالًا. فلو باع المكفول له شيئًا بعد ذلك لا يكون الكفيل ضامنًا لثمن ذلك المبيع».

ويجوز في هذا الفقه للكفيل في الدين المستقبل أن يرجع في كفالته قبل نشوء الدين: انظر الفقرة الثانية من المادة (328) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك، والمادة (640) من المجلة، المذكورتين.

كذلك تصح في الفقه الإسلامي كفالة الدين الشرطي، كما في كفالة المال المقبوض مع خيار الشرط، أو علىٰ سوم الشراء. فالمالكية يعتبرون البيع مع خيار الشرط بيعًا معلقًا علىٰ شرط واقف (م 82، من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك).

أما الحنفية فيعتبرون هذا البيع بيعًا معلقًا علىٰ شرط فاسخ (م 335 من مرشد الحيران). انظر المادة (386) من المشروع فيما يتعلق بالبيع بشرط التجربة أو المذاق.

وقد نصت المادة (597) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة علىٰ ما يأتي: «تصح الكفالة إذا علقت بشرط ملائم». وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة أن الشرط الملائم هو الموافق للكفالة، ويكون ذلك بأمور ثلاثة، منها: أن يكون شرطًا للزوم الحق. كما إذا قال: إن استحق المبيع أو جحدك المودع أو غصبك كذا، أو قتلك خطأً، فعليّ الدية. ورضي به المكفول - جاز، فإن استحقاق المبيع سبب لوجوب الثمن علىٰ البائع للمشتري (ابن عابدين، ج 4/ ص 277).

مادة (779):

1- لا تجوز الكفالة في مبلغ أكثر مما هو مستحق علىٰ المدين، ولا بشروط أشد من شروط الدين المكفول.

2- ولكن تجوز الكفالة في مبلغ أقل وبشروط أهون.

هذه المادة تطابق المادة (780) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (751) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادتين (1013 و 1014) من التقنين العراقي.

وتقابل المادتين 969 و970 من التقنين الأردني.

انظر التعديل الذي أدخل علىٰ المادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1138)، والمذكرة الإيضاحية لهذه المادة في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 5/ ص 462 و463).

ويتفق حكم المادة المقترحة مع القواعد المقررة في الفقه الإسلامي. فعقد الكفالة عقد تابع، والتزام الكفيل يعتبر حتمًا تابعًا لالتزام المدين الأصلي. والقاعدة في هذا الفقه: «أن التابع تابع» (م 47 من المجلة).

وبناءً علىٰ ذلك، فإن التزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشد عبئًا من الالتزام المكفول، ولكن يجوز أن يكون أهون.

مادة (780): تشمل الكفالة ملحقات الدين ومصروفات المطالبة الأولىٰ وما يستجد من المصروفات بعد إخطار الكفيل، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك.

هذه المادة تتفق مع المادة (781) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «إذا لم يكن هناك اتفاق خاص، فإن الكفالة تشمل ملحقات الدين ومصروفات المطالبة الأولىٰ، وما يستجد من المصروفات بعد إخطار الكفيل».

وقد أدخلت علىٰ هذه المادة تعديلات لفظية علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1139) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 5/ ص 465).

ويتفق حكم المادة المقترحة مع القواعد المقررة في الفقه الإسلامي، فملحقات الالتزام الأصلي تابعة له، فيشملها، والتزام الكفيل تابع لهذا الالتزام، فيشمل ملحقاته. والقاعدة في هذا الفقه: «أن التابع تابع» (م 47 من المجلة).

وبناءً علىٰ ذلك، فإن الكفالة تشمل ملحقات الدين المكفول.

مادة (781):

1- تعتبر كفالة الدين التجاري عملًا مدنيًّا، ولو كان الكفيل تاجرًا.

2- علىٰ أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانًا احتياطيًّا، أو عن تظهير هذه الأوراق - تعتبر دائمًا عملًا تجاريًّا.

هذه المادة تطابق المادة (779) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (1016) من التقنين العراقي.

والسند الشرعي لها أنها من قبيل القواعد التنظيمية التي تهدف إلىٰ المحافظة علىٰ المال، وبالتالي تحقيق المصلحة في المعاملات.

مادة (782): تجوز كفالة المدين بغير علمه، وتجوز أيضًا رغم معارضته.

هذه المادة تطابق المادة (775) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (748) من التقنين الكويتي.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1134) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 5/ ص 442).

وحكم المادة المقترحة يتفق مع مذاهب المالكية والشافعية والحنابلة، ويخالف مذهب الحنفية.

فقد نصت المادة (330) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك علىٰ ما يأتي: «يصح ضمان الدين مع عدم علم الضامن عند الضمان بقدره أو بصاحبه، ويصح أيضًا ضمانه بغير إذن المدين»، وجاء في إيضاح هذه المادة ما يأتي: «وما جرينا عليه في النص من صحة ضمان المدين بدون إذنه - هو نص المدونة وغيرها؛ لأنه من باب المعروف والرفق بالمدين فلا يتوقف علىٰ إذنه». انظر (الشرح الكبير وحاشيته ج 3/ ص 301).

ونصت المادة (287) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام الشافعي علىٰ ما يأتي: «لا يشترط رضا المضمون عنه ولا معرفته».

ونصت المادة (199) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أحمد بن حنبل علىٰ ما يأتي: «يشترط لصحة الضمان رضا الضامن لا المدين أو الدائن». وجاء في إيضاح هذه المادة أنه: «يشترط لصحة الضمان رضا الضامن لا المدين أو الدائن»؛ لأنه التزام مال فلا يصح بغير رضا الملتزم، ولا يعتبر رضا المدين أو الدائن؛ لأن أبا قتادة ضمن الميت بغير رضا الدائن، وأقره النبي ﷺ، ولأنه لو قضىٰ الدين عن غيره بغير إذنه ورضاه - صح. فكذا إذا ضمن عنه، كما لا يشترط لصحة الضمان معرفة الضامن للمدين أو الدائن؛ لأنه لا يعتبر رضاهما؛ ولأنه تبرع بالتزام مال، فلم تعتبر معرفة من يتبرع له به كالنذر».

ونصت المادة (224) من هذا المشروع علىٰ ما يأتي: «يشترط في الكفالة ما يأتي:

(أ) رضا الكفيل، لا المكفول له ولا المكفول به».

وجاء في إيضاح هذه المادة ما يأتي: «ولا يعتبر رضا المكفول له؛ لأنها وثيقة له لا قبض فيها، فصحت من غير رضاه كالشهادة؛ ولأنها التزام حق له من غير عوض، فلم يعتبر رضاه فيها كالنذر».

أما في المذهب الحنفي، فقد نصت المادة (845) من مرشد الحيران علىٰ ما يأتي: «إذا أدىٰ الكفيل ما كفل به من ماله - فله الرجوع بما أدىٰ علىٰ الأصيل، إذا كانت الكفالة بأمر الأصيل...».

ونصت المادة (606) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة علىٰ ما يأتي:

«إذا كانت الكفالة بأمر المكفول عنه، وكانت له أهلية التصرف - رجع الكفيل عليه بما أدىٰ، وإن كانت بغير أمره، لا يرجع». (ابن عابدين ج 4/ ص 283 - فتح القدير ج 5/ ص 409).

مادة (783): لا يثبت التزام الكفيل إلا بالكتابة ويجب أن يكون رضاء الكفيل رضاءً صريحًا.

هذه المادة تقابل المادة (773) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «لا تثبت

الكفالة إلا بالكتابة، ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبينة».

انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م1113 مكررة) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 5/ ص 426 و427).

فبمقتضىٰ المادة المقترحة لا يجوز إثبات التزام الكفيل بالكفالة إلا بالكتابة، دون نظر إلىٰ قيمة الالتزام الأصلي الذي علىٰ المدين، ودون نظر إلىٰ قيمة ما التزم به الكفيل إذا كانت أقل من قيمة الالتزام الأصلي، فالنص مطلق، وهذا هو حكم التقنين الحالي.

وقد رئي أن يضاف إلىٰ ذلك في المادة المقترحة وجوب أن يكون رضاء الكفيل بالكفالة رضًا صريحًا، وذلك نظرًا إلىٰ خطورة الكفالة من حيث كونها تبرعًا من الكفيل، وهذا الاعتبار هو الذي حدا بالشارع في التقنين الحالي إلىٰ إيجاب أن يكون إثبات الكفالة بالكتابة، ولكن إيجاب الكتابة في الإثبات لا يكفي؛ حيث يمكن أن تستخلص الكفالة من الكتابة بطريقة ضمنية، مع أنها من الخطورة بحيث يجب أن يكون رضاء الكفيل بها صريحًا، حتىٰ ذهب فريق من الفقه إلىٰ إيجاب أن يكون رضاء الكفيل رضاءً صريحًا، غير أن هذا الرأي يفتقر إلىٰ التطبيق القانوني السليم في ضوء النص الحالي، ومن أجل ذلك جاء في المادة المقترحة أن رضاء الكفيل يجب أن يكون صريحًا.

والمادة المقترحة تقابل المادة (746) من التقنين الكويتي التي تنص علىٰ ما يأتي:
«الكفالة لا تفترض، ويجب أن يكون رضاء الكفيل صريحًا».

وللمادة المقترحة سندها الشرعي، فإيجاب الكتابة في إثبات التزام الكفيل تدعو إليه الآية الكريمة التي تقول: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ﴾ [سورة البقرة: 282]. وإيجاب أن يكون رضاء الكفيل صريحًا أريد به حماية مصلحة الكفيل، وتحقيق مصالح الناس مقصد أساسي من مقاصد الشريعة الإسلامية.

(2) آثار الكفالة:

(أ) العلاقة فيما بين الكفيل والدائن:

مادة (784):

1 - يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين.

2- ويجوز للكفيل أن يتمسك بجميع الدفوع التي يستطيع المدين أن يحتج بها.
3- على أنه إذا كان المدين ناقص الأهلية، وكان الكفيل يعلم بذلك وقت التعاقد - فليس له أن يتمسك بنقص أهلية المدين إذا أجيز العقد الأصلي.

هذه المادة تقابل المادة (782) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين.

2- على أنه إذا كان الوجه الذي يحتج به المدين هو نقص أهليته، وكان الكفيل عالمًا بذلك وقت التعاقد - فليس له أن يحتج بهذا الوجه».

وقد أدخل على هذه المادة التعديلان الآتيان:

1- أفردت الفقرة الأولى من المادة المقترحة لتقرير القاعدة العامة في هذا الصدد، وهي أن الكفيل يبرأ إذا برئت ذمة المدين. وأفردت الفقرة الثانية لتقرير حق الكفيل في التمسك بالدفوع التي يستطيع المدين أن يحتج بها.

2- عدلت صياغة الفقرة الثانية من نص التقنين الحالي، وبناءً على هذا التعديل، فإنه بمقتضى الفقرة الثالثة من المادة المقترحة، إذا كان الكفيل يعلم بنقص أهلية المدين، يجب التمييز بين حالتين:

الأولى: أن يكون العقد الأصلي لا يزال موقوفًا، ولم تلحقه الإجازة، ففي هذه الحالة يكون للكفيل أن يتمسك بإبطال عقد الكفالة، كما يكون للمدين أن يتمسك بإبطال العقد الأصلي لنقص الأهلية.

والثانية: أن يكون العقد الأصلي قد تمت إجازته، سواء من المدين عند زوال نقص الأهلية، أو من وليه أو وصيه أو القيم عليه بإذن المحكمة عند الاقتضاء، ففي هذه الحالة لا يستطيع الكفيل أن يتمسك بإبطال عقد الكفالة ما دام العقد الأصلي قد أجيز.

ويلاحظ أن هذه الفقرة الثالثة من المادة المقترحة تتناول حالة علم الكفيل بنقص أهلية المدين، ولا تتناول حالة ما إذا كانت الكفالة قد عقدت بسبب نقص أهلية المدين، فإذا كانت الكفالة قد عقدت بسبب نقص أهلية المدين - فإن الكفيل لا يستطيع أن يبطل

عقد الكفالة حتىٰ لو تمسك المدين بنقص أهليته وأبطل العقد الأصلي، وهذا هو مقتضىٰ حكم المادة (777) من المشروع.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1159)، والتعديل الذي أدخل عليها في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 5/ ص 468 و469).

والفقرتان الأولىٰ والثانية من المادة المقترحة تتفقان مع المادتين (753 و 754 / 1) من التقنين الكويتي.

وحكم الفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة مقرر في الفقه الإسلامي: فقد نصت المادة (662) من المجلة علىٰ ما يأتي: «براءة الأصيل توجب براءة الكفيل». وفي هذا المعنىٰ أيضًا المادة (854) من مرشد الحيران، والمادة (594) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة (ابن عابدين: ج 4/ ص 273)، والمادة (308) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية من مذهب الإمام الشافعي (مغني المحتاج: ج 2/ ص 208)، والمادة (205) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أحمد بن حنبل (كشاف القناع: ص 174 و175)، (الشرح الكبير، ص 73 و74)، والمادة (1141) من مجلة الأحكام الشرعية.

وحكم الفقرة الثانية يستند إلىٰ مبدأ أن «التابع تابع» (مادة 47 من المجلة).

فالتزام الكفيل تابع لالتزام المدين، ومن ثم يجوز للكفيل أن يتمسك بالدفوع التي يستطيع المدين أن يحتج بها.

وفيما يتعلق بحكم الفقرة الثالثة: انظر المادة (629) من المجلة، والمادة (824) من مرشد الحيران، وقد تقدم ذكرهما.

مادة (785): إذا قبل الدائن أن يستوفي من غير الكفيل شيئًا آخر في مقابل الدين – برئت ذمة الكفيل، ولو استحق هذا الشيء، ما لم يكن الدائن قد احتفظ بالحق في الرجوع علىٰ الكفيل.

هذه المادة تتفق مع المادة (783) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «إذا

قبل الدائن أن يستوفي في مقابل الدين شيئًا آخر - برئت ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشيء».

وقد أضيفت إلىٰ هذا النص عبارة «من غير الكفيل»، لكن يتضح أن الوفاء بمقابل الذي يؤدي إلىٰ براءة ذمة الكفيل نهائيًا، هو ذلك الذي يقع من المدين أو من غيره، علىٰ أن يكون هذا الغير هو غير الكفيل، وذلك؛ لأن الوفاء بمقابل الذي يقع من الكفيل لا يبرئ ذمته إذا استحق الشيء؛ حيث يكون ضامنًا لهذا الاستحقاق، فلا تبرأ ذمته طبقًا للقواعد العامة.

وإذا كان الدائن عند تسلمه المقابل قد احتفظ بحقه في الرجوع علىٰ الكفيل إذا استحق هذا المقابل - فلا تبرأ ذمة الكفيل إذا استحق المقابل، ويكون للدائن حينئذٍ أن يرجع عليه.

انظر في خصوص المادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1160) تقرير لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب، ومناقشات لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ، وتقرير هذه اللجنة في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 5/ ص 471 و472).

والمادة المقترحة تطابق المادة (755) من التقنين الكويتي.

وتتفق مع المادة (1029) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (977) من التقنين الأردني.

ويتفق حكم المادة المقترحة مع القواعد الشرعية التي تقضي بأن «التابع تابع» (م 47 من المجلة). فالتزام الكفيل تابع لالتزام المدين.

فإذا انقضىٰ الدين المكفول بالوفاء بمقابل - انقضىٰ التزام الكفيل، وذلك ما لم يكن المقابل من الكفيل، واستحق هذا المقابل، حيث يتحمل الكفيل بضمان الاستحقاق، وإذا اشترط الدائن أن يرجع علىٰ الكفيل عند استحقاق المقابل - صح هذا الشرط.

مادة (786):

1- تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات.

2- ويقصد بالضمانات كل تأمين يخصص لضمان الدين ولو تقرر بعد الكفالة،

وكل تأمين مقرر بحكم القانون.

هذه المادة تطابق المادة (784) من التقنين الحالي، مع حذف عبارة: «في هذه المادة» التي جاءت بعد كلمة: «بالضمانات»؛ لعدم لزومها.

وتطابق المادة (756) من التقنين الكويتي.

وتتفق مع المادة (1027) من التقنين العراقي.

انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1156/ 1 و2) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 5/ ص 474 و475).

والسند الشرعي للمادة المقترحة أن الدائن يتحمل تبعة خطئه الذي أدىٰ إلىٰ ضياع التأمينات التي تضمن الوفاء بالدين، وذلك طبقًا للقواعد العامة في الضمان. ومقتضىٰ هذا أن يبرأ الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من هذه التأمينات، وهذا من شأنه أن يحمي مصلحة مشروعة للكفيل.

مادة (787):

1- لا تبرأ ذمة الكفيل لمجرد عدم اتخاذ الدائن الإجراءات للمطالبة بالدين عند حلول الأجل، أو تأخره في اتخاذها.

2- غير أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقم الدائن باتخاذ هذه الإجراءات خلال ستة أشهر من تاريخ إنذار الكفيل للدائن، ما لم يقدم المدين للكفيل ضمانًا كافيًا.

هذه المادة تتفق مع المادة (785) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- لا تبرأ ذمة الكفيل لمجرد أن الدائن تأخر في اتخاذ الإجراءات، أو لمجرد أنه لم يتخذها.

2- علىٰ أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن، ما لم يقدم المدين للكفيل ضمانًا كافيًا».

وقد أدخلت علىٰ هذه المادة تعديلات لفظية علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة.

انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (1156/ 3 و4)، ومناقشات لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ في مجموعة الأعمال

التحضيرية (ج 5/ ص 479 - 481).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (757) من التقنين الكويتي، فيما عدا أن مدة الإنذار ثلاثة أشهر.

وتتفق مع المادة (981) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (1036) من التقنين العراقي.

وأحكام المادة المقترحة يقرها الشرع الإسلامي؛ لأنها تهدف إلىٰ حماية مصلحة شرعية للكفيل، حيث تبرأ ذمته إذا قصر الدائن في مطالبة المدين في الوقت المناسب، ما لم يقدم المدين للكفيل ضمانًا كافيًا.

وقد نصت المادة (336) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك علىٰ ما يأتي: «إذا حل أجل الدين المضمون وكان المدين موسرًا، فلضامنه أن يلزم الدائن بأن يطلب دينه من المدين أو يسقط الضمان عنه...».

مادة (788): إذا أفلس المدين، وجب علىٰ الدائن أن يتقدم في التفليسة بالدين، وإلا سقط حقه في الرجوع علىٰ الكفيل بقدر ما كان يستوفيه لو أنه تقدم فيها بالدين.

هذه المادة تتفق مع المادة (786) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «إذا أفلس المدين، وجب علىٰ الدائن أن يتقدم في التفليسة بالدين، وإلا سقط حقه في الرجوع علىٰ الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن».

وقد عدلت صياغة هذه المادة في العبارة الأخيرة منها، حيث استبدلت عبارة: «بقدر ما كان يستوفيه لو أنه تقدم فيها بالدين» بعبارة: «بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن»، وذلك بغية تحديد مقدار الضرر الذي يصيب الكفيل من جراء إهمال الدائن في التقدم بالدين في تفليسة المدين، فيكون هو القدر الذي كان يحصل عليه الدائن لو أنه تقدم فيها بالدين.

انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1156) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 5/ ص 483 - 486).

والمادة المقترحة تطابق المادة (1028) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (978) من التقنين الأردني.

وتتفق مع المادة (758) من التقنين الكويتي.

وأحكام المادة المقترحة يقرها الشرع الإسلامي، فهي تتفق مع القواعد العامة في الضمان، وترمي إلىٰ حماية مصلحة شرعية للكفيل، فإذا لم يتقدم الدائن في تفليسة المدين، تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما كان يستوفيه لو أنه تقدم فيها بالدين.

مادة (789):

1- إذا تعدد الكفلاء لدين واحد بعقد واحد، وكانوا غير متضامنين فيما بينهم - قسم الدين عليهم، فلا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر حصته في الدين.

2- أما إذا كان الكفلاء قد كفل كل منهم الدين علىٰ حدة بعقد مستقل، فإنه يجوز للدائن أن يطالب أي واحد منهم بكل الدين، ما لم يكن الكفيل قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم.

هذه المادة تتفق مع المادة (792) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد وكانوا غير متضامنين فيما بينهم - قسم الدين عليهم، ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه في الكفالة.

2- أما إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية، فإن كل واحد منهم يكون مسئولًا عن الدين كله، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم».

وقد أدخلت علىٰ هذه المادة تعديلات لفظية علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة.

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (1024) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (974) من التقنين الأردني.

وتتفق مع المادة (759) من التقنين الكويتي.

وحكمها يتفق مع أحكام الفقه الإسلامي:

فقد نصت المادة (647) من المجلة علىٰ ما يأتي: «لو كان لدين كفلاء متعددون، فإن كان كل منهم قد كفل علىٰ حدة يطالب كل منهم بمجموع الدين، وإن كانوا قد كفلوا معًا يطالب كل منهم بمقدار حصته من الدين، ولكن لو كان قد كفل كل منهم

المبلغ الذي لزم في ذمة الآخر، فعلىٰ هذا الحال يطالب كل منهم بمجموع الدين...».

ونصت المادة (840) من مرشد الحيران علىٰ ما يأتي: «إذا تعدد الكفلاء بدين، وكان كل منهم قد كفله جميعه علىٰ حدة بعقود متعاقبة، يطالب كل منهم بجميع الدين، فإن أدىٰ أحدهم برئ الجميع وإن كانوا كفلاء عن بعضهم بجميع الدين بأمره يرجع المؤدي علىٰ كل منهم بقدر حصته».

ونصت المادة (841) علىٰ ما يأتي: «إذا تعدد الكفلاء بدين قد التزموا به معًا في عقد واحد، فلا يطالب كل منهم إلا بحصته من الدين المكفول. فإن التزم كل منهم منفردًا بجميع ما لزم في ذمة الآخر - فللدائن أن يطالب كلًّا منهم بجميع الدين».

ونصت المادة (621) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة علىٰ ما يأتي: «تعدد الكفيل بالمال جميعه علىٰ التعاقب جائز، ويكون كل منهما مطالبًا بالدين جميعه، وما أداه أحدهما لا يرجع بشيء منه علىٰ الكفيل الآخر، أما إذا كفل كل من الكفيلين صاحبه بجميع الدين وبأمره، فما أداه أحدهما رجع بنصفه علىٰ شريكه إن شاء، ثم يرجعان علىٰ الأصيل أو يرجع بالكل علىٰ الأصيل دون شريكه» (ابن عابدين: ج 4/ ص 298 و299).

ونصت المادة (339) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك علىٰ ما يأتي: «إذا تعدد الحملاء لدين واحد واستقل كل واحد منهم بضمانه، فللدائن أن يأخذ جميع دينه من أي واحد منهم، ولو تيسر أخذه من غيره، وليس لمن أخذ منه الدين أن يرجع بشيء منه علىٰ غيره من الحملاء، وإن لم يستقل كل واحد بالضمان، واشترط الدائن عليهم حمالة بعضهم عن بعض - فله أخذ جميع الدين من أي واحد منهم، إن تعذر الأخذ من غيره، ويرجع المأخوذ منه علىٰ غيره من الحملاء، فإن لم يشترط عليهم حمالة بعضهم عن بعض، أو تيسر الأخذ من الجميع - فإنه يأخذ من كل واحد ما يخصه فقط من قسمة الدين علىٰ عددهم. (شرح مجموع الأمير ج 2/ ص 169)، (الشرح الكبير ج 3/ ص 307).

مادة (790): لا يجوز للدائن أن يرجع علىٰ الكفيل وحده إلا بعد رجوعه علىٰ المدين، ويجب علىٰ الكفيل أن يتمسك بهذا الحق.

هذه المادة تقابل الفقرة الأولىٰ من المادة (788) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «لا يجوز للدائن أن يرجع علىٰ الكفيل وحده إلا بعد رجوعه علىٰ المدين».

وقد أضيف إلىٰ هذا النص ما يوجب علىٰ الكفيل أن يتمسك بحقه في هذا الخصوص.

فيجب علىٰ الدائن أن يرجع أولًا علىٰ المدين، وذلك قبل أن يرجع علىٰ الكفيل، فإذا رجع الدائن علىٰ الكفيل أولًا، كان للكفيل أن يدفع رجوع الدائن بوجوب رجوعه أولًا علىٰ المدين، ومقتضىٰ هذا أن إلزام الدائن بالرجوع أولًا علىٰ المدين مشروط فيه أن يتمسك الكفيل بهذا الدفع، فلا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها.

وقد كان هذا المعنىٰ واضحًا في نص المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 855) الذي انتهت إليه لجنة المراجعة؛ إذ كان يجري علىٰ الوجه الآتي:

1- لا يجوز للدائن أن يرجع علىٰ الكفيل وحده إلا بعد رجوعه علىٰ المدين.

2- لا يجوز أن ينفذ علىٰ أموال الكفيل إلا بعد تجريد المدين من أمواله.

3- يجب علىٰ الكفيل في الحالتين أن يتمسك بهذا الحق. (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 5/ ص 497).

ثم حصل بعد ذلك أن أدمجت الفقرتان الثانية والثالثة في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ، ونتيجة لذلك جاءت عبارة الفقرة الثانية من المادة 788من التقنين الحالي علىٰ النحو الآتي: «ولا يجوز له (الدائن) أن ينفذ علىٰ أموال الكفيل إلا بعد تجريده المدين من أمواله، ويجب علىٰ الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق».

ويؤخذ من هذا النص أن وجوب تمسك الكفيل بحقه إنما ينصرف إلىٰ الدفع بالتجريد فحسب، مع أن هذا لم يكن مقصودًا، فكما يجب علىٰ الكفيل التمسك بالدفع بالتجريد يجب عليه أيضًا التمسك بالدفع بوجوب رجوع الدائن علىٰ المدين أولًا، كما هو واضح من تقرير اللجنة المشار إليها (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 5/ ص

499).

والذي يحصل في العمل أن الدائن يرجع علىٰ المدين والكفيل معًا في وقت واحد، وفي هذه الحالة لا يكون هناك محل للدفع بوجوب الرجوع علىٰ المدين أولًا.

ويلاحظ أن هناك دفعين متميزين أحدهما عن الآخر: الدفع برجوع الدائن علىٰ المدين أولًا، ويبدي عند مطالبة الدائن للكفيل. والدفع بالتجريد: ويبدي عند التنفيذ علىٰ مال الكفيل.

وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين الحالي يخلط بين الدفعين ويسميهما معًا بالدفع بالتجريد (انظر المواد 1144 و 1144 مكرر، و 1145 من المشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ج 5/ ص 494 و500). ولكن لجنة المراجعة ميزت بين الدفعين علىٰ النحو المذكور.

وبناءً علىٰ هذا التمييز رئي إفراد مادة مستقلة للدفع برجوع الدائن علىٰ المدين أولًا، وتخصيص المادتين التاليتين للدفع بالتجريد.

والمادة المقترحة تتفق مع ما جاء في المادة (760) من التقنين الكويتي متعلقًا بالدفع المذكور.

وتقابل المادتين 1021 و1022 من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (967) من التقنين الأردني.

ويتفق حكم المادة المقترحة مع المذهب المالكي، ويتفق في حالة خاصة مع المذهب الشافعي، ويخالف المذهب الحنفي.

ففي المذهب المالكي نصت المادة (333) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك علىٰ ما يأتي:

«إذا حل الدين المضمون، فليس للدائن أن يطالب الضامن به إن تيسر أخذه من مال المدين، ولو كان المدين غائبًا، إلا إذا اقتضىٰ شرط خلاف ذلك فيعمل به».

وجاء في إيضاح هذه المادة ما يأتي:

وما جرينا عليه في النص من أن الأصل عدم مطالبة الضامن بالدين متىٰ تيسر أخذه من المدين هو القول الذي رجع إليه مالك، وأخذ به ابن القاسم. والقول المرجوع عنه

أن رب الدين مخير في مطالبة المدين أو مطالبة الضامن. والقول الأول أظهر؛ لأن الضمان معلق في المعنىٰ علىٰ تعذر أخذ الدين من المدين (الشرح الصغير: ج 2/ ص 75)، و(حاشية الشرح الكبير ج 3/ ص 303) و(بداية المجتهد ج 2/ ص 348) و(كتاب الفقه علىٰ المذاهب الأربعة ج 3/ ص 239).

وفي المذهب الشافعي نصت المادة (306) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام الشافعي علىٰ ما يأتي: «للمستحق مطالبة الضامن والأصيل بالدين اجتماعًا وانفرادًا».

ولكن جاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة ما يأتي: «إذا أفلس الضامن والمضمون عنه، فقال الضامن للحاكم: بع أولًا مال المضمون عنه. وقال المضمون له: أريد بيع مال أيكما شئت. قال الشافعي: «إن كان الضمان بالإذن أجيب الضامن، وإلا فالمضمون له».

وفي المذهب الحنفي نصت المادة (644) من المجلة على ما يأتي:

«الطالب مخير في المطالبة، إن شاء طالب الأصيل بالدين وإن شاء طالب الكفيل، ومطالبة أحدهما لا تسقط حق مطالبته الآخر، وبعد مطالبته أحدهما له أن يطالب الآخر، ويطالبهما معًا».

ونصت المادة (839) من مرشد الحيران علىٰ ما يأتي: «يجوز للدائن المكفول دينه مطالبة الأصيل أو مطالبة الكفيل أو مطالبتهما معًا، وإن كان للكفيل كفيل، فللدائن مطالبة من شاء منهما».

مادة (791): لا يجوز للدائن أن ينفذ علىٰ أموال الكفيل إلا بعد تجريد المدين من أمواله، ويجب علىٰ الكفيل أن يتمسك بهذا الحق.

هذه المادة تطابق الفقرة الثانية من المادة (878) من التقنين الحالي.

انظر في التمييز بين الدفع بالتجريد، والدفع برجوع الدائن علىٰ المدين أولًا. المذكرة الإيضاحية للمادة السابقة.

والمادة المقترحة تتفق مع ما جاء في المادة (760) من التقنين الكويتي متعلقًا

بالدفع المذكور.

وتقابل المادة (1021) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (967) من التقنين الأردني.

وفي الفقه الإسلامي: انظر النصوص الشرعية التي تقدم ذكرها تحت المادة السابقة.

مادة (792):

1- إذا طلب الكفيل تجريد المدين، وجب عليه أن يقوم علىٰ نفقته بإرشاد الدائن إلىٰ أموال المدين.

2- ولا عبرة بالأموال التي يدل عليها الكفيل، إذا كانت هذه الأموال متنازعًا فيها، أو كانت موجودة خارج مصر.

هذه المادة تقابل المادة (789) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- إذا طلب الكفيل التجريد، وجب عليه أن يقوم علىٰ نفقته بإرشاد الدائن إلىٰ أموال للمدين تفي بالدين كله.

2- ولا عبرة بالأموال التي يدل عليها الكفيل، إذا كانت هذه الأموال تقع خارج الأراضي المصرية، أو كانت أموالًا متنازعًا فيها».

وقد أدخل علىٰ الفقرة الأولىٰ من هذه المادة تعديل في الحكم، وبمقتضىٰ هذا التعديل لا يتحتم علىٰ الكفيل أن يدل الدائن علىٰ أموال للمدين تفي بالدين كله كما يقضي النص الحالي، فيجوز له أن يدل علىٰ أموال تفي ببعض الدين، ويجبر الدائن حينئذٍ علىٰ قبول وفاء جزئي؛ إذ لا يناله من ذلك ضرر كبير حيث يرجع فورًا علىٰ الكفيل ببقية الدين. ووجه العدالة ظاهر في هذا الحكم؛ مراعاة لمصلحة الكفيل الذي تبرع بالكفالة.

وقد كان المشروع التمهيدي للنص الحالي يأخذ بهذا الحكم، فكانت المادة (1144) مكررة منه تنص علىٰ أن: «إذا طلب الكفيل التجريد، وجب عليه أن يدل الدائن علىٰ أموال المدين، وأن يقدم له المبالغ الكافية للقيام بالتجريد». ولكن لجنة المراجعة عدلت النص إلىٰ ما هو عليه الآن.

وأدخل علىٰ الفقرة الثانية تعديل لفظي علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة (1144) مكررة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 5/ ص 502 - 504).

والمادة المقترحة تقابل المادة (761) من التقنين الكويتي التي تتفق مع المادة (789) من التقنين المصري الحالي.

وتقابل المادة (1025) من التقنين العراقي.

وفي الفقه الإسلامي: انظر النصوص الشرعية التي تقدم ذكرها تحت المادة 790.

مادة (793): في كل الأحوال التي يدل فيها الكفيل علىٰ أموال المدين، تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما تعذر علىٰ الدائن أن يستوفيه من الدين بسبب عدم اتخاذه الإجراءات اللازمة في الوقت المناسب.

هذه المادة تقابل المادة (790) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «في كل الأحوال التي يدل فيها الكفيل علىٰ أموال المدين، يكون الدائن مسئولًا قبل الكفيل عن إعسار المدين الذي يترتب علىٰ عدم اتخاذ الإجراءات اللازمة في الوقت المناسب».

وقد عدلت هذه المادة علىٰ نحو يتحدد فيه القدر الذي يكون الدائن مسئولًا عنه قبل الكفيل، وهو ما يتعذر علىٰ الدائن أن يستوفيه من الدين بسبب عدم اتخاذه الإجراءات اللازمة ضد المدين في الوقت المناسب؛ حيث تبرأ ذمة الكفيل في حدود القدر.

ونطاق الحكم بمقتضىٰ هذا التعديل أوسع مما يقضي به النص الحالي، فهو لا يقتصر علىٰ حالة إعسار المدين، بل يشمل كذلك كل حالة أخرىٰ يتعذر فيها علىٰ الدائن أن يستوفي الدين، كما لو كانت أموال المدين منقولات وتمكن من تهريبها أو إخفائها.

والمادة المقترحة تطابق المادة (762) من التقنين الكويتي.

وحكمها في الفقه الإسلامي، كما هو الشأن في التقنين الحالي، تطبيقًا لقواعد المسئولية عن ترك واجب يترتب عليه إلحاق ضرر بالغير، والواجب المتروك هنا هو اتخاذ الإجراءات اللازمة ضد المدين في الوقت المناسب؛ حيث يترتب علىٰ تركه أن

يضار الكفيل بقدر ما تعذر علىٰ الدائن أن يستوفيه من الدين بسبب هذا الترك، الأمر الذي يؤدي إلىٰ براءة ذمة الكفيل في حدود هذا القدر.

مادة (794): إذا كان هناك تأمين عيني علىٰ مال للمدين يضمن المدين، وكان هذا التأمين سابقًا علىٰ الكفالة أو معاصرًا لها - جاز للكفيل إذا لم يكن متضامنًا مع المدين أن يطلب من الدائن التنفيذ علىٰ المال الذي ترتب عليه التأمين العيني قبل التنفيذ علىٰ أمواله.

هذه المادة تتفق مع المادة (791) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «إذا كان هناك تأمين عيني خصص قانونًا أو اتفاقًا لضمان الدين، وقدمت الكفالة بعد هذا التأمين، أو معه، ولم يكن الكفيل متضامنًا مع المدين - فلا يجوز التنفيذ علىٰ أموال الكفيل إلا بعد التنفيذ علىٰ الأموال التي خصصت لهذا التأمين».

وقد عدلت صياغة هذه المادة على النحو الوارد في المادة المقترحة لإيضاح ما يأتي:

أولًا: أن الحكم يتعلق بتأمين عيني ترتب علىٰ مال المدين ضمانًا للدين، وليس علىٰ مال لغير المدين، فإذا كان التأمين العيني مقررًا علىٰ مال لغير المدين - فإن هذا الغير يكون كفيلًا عينيًّا، فإذا وجد معه كفيل شخصي لذات الدين، فلا يكون لأي من الكفيلين حق تجريد الكفيل الآخر.

ثانيًا: أن الحكم يتعلق بتأمين عيني أيًّا كان مصدره؛ حيث يؤخذ علىٰ النص الحالي أنه يتحدث عن «تأمين عيني خصص قانونًا أو اتفاقًا لضمان الدين». مع أن الحكم يشمل التأمين العيني، سواء كان مصدره القانون أو الاتفاق أو حكم القضاء.

ثالثًا: أن من شروط انطباق الحكم أن يتمسك الكفيل بوجوب تنفيذ الدائن أولًا علىٰ المال الذي ترتب عليه التأمين العيني، فلا يجوز للمحكمة أن تقضي بذلك من تلقاء نفسها، وقد تقدم أن الحق في تجريد المدين يجب علىٰ الكفيل أن يتمسك به (م 791 من المشروع).

انظر المادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1147)، ومذكرتها الإيضاحية في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 5/ ص 510 و511).

والمادة المقترحة تطابق المادة (763) من التقنين الكويتي.

وتتفق مع المادة (1023) من التقنين العراقي التي تطابق نص المشروع التمهيدي للتقنين المصري الحالي.

وتتفق مع المادة (971) من التقنين الأردني.

ويتفق حكم المادة المقترحة مع رأي في المذهب الشافعي، فقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمادة (206) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام الشافعي ما يأتي: «إذا رهن رهنًا وأقام ضامنًا، خير المستحق بين بيع الرهن ومطالبة الضامن علىٰ الصحيح». وعليه فمقابل الصحيح، وهو رأي آخر في المذهب، أن علىٰ الدائن أن يبيع الرهن أولًا، فإذا لم يكفِ طالب الكفيل بما بقي من الدين.

مادة (795):

1- يلتزم الدائن بأن يسلم الكفيل - وقت وفائه - الدين المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع.

2- وإذا كان الدين مضمونًا بمنقول مرهون أو محبوس - وجب علىٰ الدائن أن يتخلىٰ عنه للكفيل.

3- وإذا كان الدين مضمونا بتأمين عقاري، فإن الدائن يلتزم بأن يقوم بالإجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين إلىٰ الكفيل، ويتحمل الكفيل مصروفات النقل علىٰ أن يرجع بها علىٰ المدين.

هذه المادة تطابق المادة (787) من التقنين الحالي مع تعديل لفظي طفيف.

وتطابق المادة (1026) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (980) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (764) من التقنين الكويتي.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 757) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 5/ ص 492 و493).

ويعتبر حكم المادة المقترحة في الفقه الإسلامي تطبيقًا لقاعدة قررها علماء

الأصول، وهي «أن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب».

والواجب هنا هو حصول الكفيل علىٰ حقه من المدين حين يوفي بالدين إلىٰ الدائن، ومقتضىٰ هذا أن يلتزم الدائن بأن يمكن الكفيل من الحصول علىٰ حقه، فيسلمه مستندات الدين المكفول اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع علىٰ المدين، ويمكنه من الحلول في تأمينات الدين.

مادة (796): لا يجوز للدائن أن يرجع علىٰ كفيل الكفيل قبل رجوعه علىٰ الكفيل، ما لم يكن كفيل الكفيل متضامنًا مع الكفيل.

هذه المادة تتفق مع المادة (797) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «تجوز كفالة الكفيل، وفي هذه الحالة لا يجوز للدائن أن يرجع علىٰ كفيل الكفيل قبل رجوعه علىٰ الكفيل، إلا إذا كان كفيل الكفيل متضامنًا مع الكفيل».

وقد قالت لجنة المراجعة في خصوص هذا النص أنه: «يجعل كفيل الكفيل في علاقته بالدائن كما لو كان الكفيل الأصلي مدينًا أصليًّا بالنسبة إلىٰ حق رجوع الدائن عليه، (مجموعة الأعمال التحضيرية: ج 5/ ص 535).

والمادة المقترحة تطابق المادة (972) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (1039) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (76) من التقنين الكويتي.

ويتفق حكم المادة المقترحة مع مذهب الإمام مالك، فقد نصت المادة (327) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك علىٰ ما يأتي: «يصح ضمان الضامن، فيلزمه ما يلزم الضامن الأصلي، ولا يجوز للدائن أن يرجع بالدين علىٰ ضامن الضامن إلا إذا تعذر الرجوع به علىٰ الضامن الأصلي» (الشرح الكبير وحاشيته ج 3/ ص 298).

وجاء في كتاب الفقه علىٰ المذاهب الأربعة (ج 3/ ص 239) في خصوص مذهب المالكية: أن المضمون إذا كان موسرًا حاضرًا، فليس لصاحب الدين مطالبة الضامن،

وهذا بعمومه يشمل الكفيل بالنسبة للأصيل، كما يشمل كفيل الكفيل بالنسبة للكفيل.

وجاء في بداية المجتهد (ج 2/ ص 348) أن الإمام مالكًا في أحد قوليه: «ليس للدائن أن يأخذ الكفيل مع وجود المتكفل عنه».

مادة (797): لا يجوز للكفيل المتضامن مع المدين أن يطلب الرجوع أولًا علىٰ المدين، كما لا يجوز له أن يطلب تجريد المدين من أمواله.

هذه المادة تقابل المادة (793) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «لا يجوز للكفيل المتضامن أن يطلب التجريد».

وقد عدلت هذه المادة باستكمال حكمها، فالكفيل العادي له أن يتمسك بوجوب رجوع الدائن علىٰ المدين أولًا (م 790 من المشروع) وله أن يتمسك أيضًا بحق التجريد، أي: تنفيذ الدائن علىٰ أموال المدين أولًا (م 791 من المشروع). أما الكفيل المتضامن فليس له أن يتمسك بأي من هذين الحقين، حيث يستطيع الدائن أن يرجع عليه بكل الدين قبل أن يرجع علىٰ المدين، فله الخيار إن شاء رجع علىٰ المدين، وإن شاء رجع علىٰ الكفيل المتضامن، وله أن يرجع عليهما معًا في وقت واحد، كذلك للدائن أن ينفذ بالدين علىٰ أموال الكفيل المتضامن مع المدين أولًا، ولا يستطيع هذا الأخير أن يتمسك قبل الدائن بحق التجريد.

والعبارة الأولىٰ من المادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة (1031) من التقنين العراقي.

ويتفق حكم المادة المقترحة مع رأي جمهور الفقه الإسلامي، مع ملاحظة أن هذا الرأي لا يفرق بين الكفيل العادي والكفيل المتضامن مع المدين.

انظر في هذا النصوص الشرعية التي تقدم ذكرها تحت المادة (790) من المشروع: فالمادة (644) من المجلة، والمادة (839) من مرشد الحيران، والمادة (306) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام الشافعي، والقول الذي رجع عنه الإمام مالك في إيضاح المادة (333) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك.

مادة (798): يجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفوع متعلقة بالدين.

هذه المادة تطابق المادة (794) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (767) من التقنين الكويتي.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1151) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 5/ ص 525 و526).

ويتفق حكم المادة المقترحة مع القواعد المقررة في الفقه الإسلامي، فعقد الكفالة عقد تابع، والتزام الكفيل يعتبر حتمًا تابعًا لالتزام المدين الأصلي، والقاعدة في هذا الفقه: أن «التابع تابع» (م 47 من المجلة).

وبناءً علىٰ ذلك فإن الكفيل، سواء كان كفيلًا عاديًّا أو كفيلًا متضامنًا مع علىٰ ذلك الكفيل، / سواء كان كفيلا عاديا أو كفيلا متضامنا مع المدين - يجوز له أن يتمسك بالدفوع المتعلقة بالدين.

مادة (799): في الكفالة القانونية أو القضائية، يكون الكفيل متضامنًا مع المدين.

هذه المادة تتفق مع المادة (795) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «في الكفالة القضائية أو القانونية، يكون الكفلاء دائمًا متضامنين».

وقد عدلت صياغة هذه المادة علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة لكي يتضح المقصود منها، فظاهر النص الحالي يمكن أن يفهم منه أنه في حالة تعدد الكفلاء الذين يقدمهم المدين، بموجب حكم قضائي أو بموجب نص في القانون، يكون هؤلاء الكفلاء متضامنين مع المدين من جهة، ومتضامنين فيما بينهم من جهة أخرىٰ، مع أن هذا التفسير لم يكن مقصودًا عند وضع النص، وإنما كان المقصود أن كلًّا من الكفيل القضائي والكفيل القانوني يكون دائمًا وبحكم القانون متضامنًا مع المدين؛ إذ إن المدين عادة يقدم كفيلًا واحدًا، فيكون هذا الكفيل متضامنًا مع المدين، فإذا حصل أن تعدد الكفلاء الذين قدمهم المدين، وهذه حالة نادرة - فإن كلًّا منهم يكون متضامنًا مع المدين، ولكن لا

يقوم التضامن فيما بينهم إلا إذا شرط، ومع ذلك يسري علىٰ هؤلاء الكفلاء كثير من أحكام التضامن كما لو كانوا متضامنين فيما بينهم، وبوجه خاص يكون كل منهم مسئولًا عن كل الدين، ولا يكون لأي منهم حق التقسيم، وذلك؛ لأن كلًّا منهم مسئول عن كل الدين بحكم تضامنه مع المدين.

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (976) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (1030) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (766) من التقنين الكويتي.

والسند الشرعي للمادة المقترحة أن حكمها يهدف إلىٰ حماية مصلحة شرعية للدائن؛ لأن تضامن الكفيل مع المدين يوفر للدائن ضمانًا أكبر، حيث يكون للدائن أن يطالبهما مجتمعين أو منفردين دون التقيد بأولوية في هذه المطالبة.

مادة (800): إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم، أو كان كل منهم قد كفل الدين علىٰ حدة بعقد مستقل، ووفىٰ أحدهم الدين عند حلوله - كان له أن يرجع علىٰ كل من الباقين بحصته في الدين وبنصيبه في حصة المعسر منهم.

هذه المادة تقابل المادة (796) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم، ووفىٰ أحدهم بالدين عند حلوله - كان له أن يرجع علىٰ كل من الباقين بحصته في الدين، وبنصيبه في حصة المعسر منهم».

وقد أضيفت إلىٰ هذه المادة حالة ما إذا كان كل من الكفلاء قد كفل الدين علىٰ حدة بعقد مستقل، وهي الحالة التي تناولتها الفقرة الثانية من المادة (789) من المشروع، وفيها لا يكون الكفلاء مسئولين علىٰ سبيل التضامن، بل يكونون مسئولين علىٰ سبيل التضامن. ولا فرق في الحكم بين حالة التضامن وحالة التضامم، ففي كلتيهما يكون كل كفيل مسئولًا نحو الدائن عن كل الدين، ويكون رجوع كلتيهما يكون كل كفيل مسئولًا نحو الدائن من كل الدين، وبنصيبه في حصة المعسر، ولذلك رئي الجمع بينهما في المادة المقترحة.

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (768) من التقنين الكويتي.

وتتفق مع المادتين (1024و 1032) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادتين (974 و975) من التقنين الأردني.

ويتفق حكم المادة المقترحة مع أحكام الفقه الإسلامي، انظر في هذا النصوص الشرعية التي تقدم ذكرها تحت المادة (789) من المشروع، والمادة (647) من المجلة، والمادة (840) من مرشد الحيران، والمادة (621) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة، والمادة (239) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك.

وانظر بدائع الصنائع (ج 2/ ص 10)، نهاية المحتاج (ج 4/ ص 459)، المغني (ج 5/ ص 58)، ابن عابدين (ج 4/ ص 298 و299) شرح مجموع الأمير (ج 2/ ص 169)، الشرح الكبير (ج 3/ ص 307).

ب- العلاقة فيما بين الكفيل والمدين:

مادة (801):

1- يجب علىٰ الكفيل أن يخطر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين، وإلا سقط حقه في الرجوع علىٰ المدين إذا كان هذا قد وفىٰ الدين، أو كانت لديه وقت الاستحقاق أسباب تقضي ببطلان الدين أو بانقضائه.

2- فإذا عارض المدين في الوفاء، وجب علىٰ الكفيل أن يمتنع عن الوفاء، وأن يدخل المدين في الدعوىٰ التي يرفعها الدائن، وإلا سقط حقه في الرجوع علىٰ المدين إذا كان هذا قد وفىٰ الدين أو كانت لديه أسباب تقضي ببطلانه أو بانقضائه.

هذه المادة تتفق مع المادة (978) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- يجب علىٰ الكفيل أن يخطر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين، وإلا سقط حقه في الرجوع علىٰ المدين، إذا كان هذا قد وفىٰ الدين، أو كانت عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضي ببطلان الدين أو بانقضائه.

2- فإذا لم يعارض المدين في الوفاء، بقي للكفيل حقه في الرجوع عليه، ولو كان المدين قد دفع الدين أو كانت لديه أسباب تقضي ببطلانه أو بانقضائه».

وقد عدلت هذه المادة بأن استبدلت بالفقرة الثانية منها الفقرة الثانية من المادة المقترحة، وبالرغم من أن كلًّا من هاتين الفقرتين يأتي حكمها من مقتضىٰ الفقرة الأولىٰ، فقد رئي إيراد الفقرة الثانية من المادة المقترحة لإيضاح ما يترتب علىٰ معارضة المدين في الوفاء؛ حيث إنه بموجب هذه المعارضة يمتنع علىٰ الكفيل أن يقوم بالوفاء للدائن، كما يجب عليه أن يدخل المدين خصمًا في الدعوىٰ إذا طالبه الدائن قضائيًّا، حتىٰ يتولىٰ المدين دفع مطالبة الدائن، فإذا وفىٰ الكفيل الدين للدائن بالرغم من معارضة المدين، معتقدًا عدم صحة المعارضة - فإنه يفي بالدين في هذه الحالة علىٰ مسئوليته، بحيث إذا تبين أن المدين علىٰ حق في معارضته لم يكن للكفيل الرجوع عليه، ولا يبقىٰ أمامه إلا أن يرجع علىٰ الدائن لاسترداد ما دفع دون حق.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1185) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 5/ ص 539 و540).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (769) من التقنين الكويتي.

والفقرة الثانية منها تتفق مع المادة (983/ 2) من التقنين الأردني.

ويتفق حكم المادة المقترحة مع أحد قولين في مذهب الشافعية.

فقد نصت المادة (711) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام الشافعي علىٰ ما يأتي: «يرجع الضامن الغارم علىٰ الأصيل إن وجد إذنه في الضمان والأداء». وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة ما يأتي: «وإن أذن (الأصيل) في الضمان فقط، وسكت عن الأداء - رجع في الأصح؛ لأنه أذن في سبب الأداء، والثاني لا يرجع لانتفاء الإذن في الأداء».

وبناءً علىٰ هذا الرأي الثاني، فإنه يجب علىٰ الكفيل أن يخطر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين؛ ليأذن المدين في الوفاء أو يعارض فيه.

مادة (802):

1- للكفيل الذي وفىٰ الدين أن يرجع علىٰ المدين، سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه أو رغم معارضته.

2- ويرجع بأصل الدين ومصروفات المطالبة الأولىٰ والمصروفات التي أنفقها من وقت إخطاره المدين بالإجراءات التي اتخذت ضده، وله فوق ذلك أن يرجع بالتعويض.

هذه المادة تقابل المادة (800) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- للكفيل الذي وفىٰ الدين أن يرجع علىٰ المدين، سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه.

2- ويرجع بأصل الدين وبالفوائد والمصروفات، علىٰ أنه في المصروفات لا يرجع إلا بالذي دفعه من وقت إخباره المدين الأصلي بالإجراءات التي اتخذت ضده.

3- ويكون للكفيل الحق في الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه من يوم الدفع».

وقد أدخلت على هذه المادة التعديلات الآتية:

1- أضيفت إلىٰ الفقرة الأولىٰ حالة ما إذا كانت الكفالة قد عقدت رغم معارضة المدين. وبمقتضىٰ هذه الإضافة يكون حكم هذه الحالة في رجوع الكفيل علىٰ المدين هو الحكم ذاته إذا كانت الكفالة قد عقدت بعلم المدين أو بغير علمه، فثمة حالات ثلاث يرجع فيها الكفيل الذي وفىٰ الدين علىٰ المدين: أن تكون الكفالة قد عقدت بعلم المدين وبرضاه الصريح أو الضمني، أو تكون قد عقدت بعلمه، ولكن رغم معارضته، أو تكون قد عقدت بغير علمه.

2- حذفت عبارة «وبالفوائد» من الفقرة الثانية، كما حذفت الفقرة الثالثة التي تتحدث عن الفوائد، وذلك جريًا علىٰ خطة المشروع في تحريم الربا.

3- أضيفت في الفقرة الثانية عبارة «مصروفات المطالبة الأولىٰ» بعد أصل الدين، وهي مصروفات المطالبة الأولىٰ التي يقوم بها الدائن للكفيل؛ إذ هي لا تخضع لشرط إخطار المدين بها، كما هو الحكم في المصروفات الأخرىٰ؛ لأن الكفيل لا يعلم بها قبل حصولها حتىٰ يخطر بها المدين.

4- كذلك أضيفت في نهاية الفقرة الثانية عبارة تفيد أن للكفيل الحق في أن يرجع علىٰ المدين بالتعويض.

انظر المادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م1153 مكررة)، ومذكرتها الإيضاحية في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 5/ ص 547).

والمادة المقترحة تقابل المواد (1033/1 و 1034 و 1038 و 1037) من التقنين العراقي.

وتقابل المادتين (982 و985) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (770) من التقنين الكويتي.





الكتاب الثالث

الحقــوق العينيــة الأصليــة

الباب الأول
حـــق الملكيـــة

(1) سقطت المادتان (803، 804).

الفصل الأول
حق الملكية بوجه عام
نطاق حق الملكية ووسائل حمايته

مادة (805): الملكية: حق يخول مالك الشيء وحده - في حدود القانون - سلطة استعماله واستغلاله والتصرف فيه، علىٰ أن يكون ذلك متفقًا مع ما لحق الملكية من وظيفة اجتماعية.

هذه المادة تتفق مع المادة (802) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «لمالك الشيء وحده - في حدود القانون - حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه».

وقد صيغت المادة المقترحة علىٰ نحو يتفق مع اشتمالها علىٰ تعريف لحق الملكية، وأضيف فيها ما يفيد أن ممارسة المالك لسلطاته - وهي عناصر حق الملكية - يجب أن تكون متفقة مع ما لهذا الحق من وظيفة اجتماعية؛ إذ إن هذا المعنىٰ ملحوظ في ظل النص الحالي، فقد كانت المادة (1162) من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي - بحسب ما انتهت إليه في لجنة المراجعة - تنص علىٰ أن: «لمالك الشيء وحده - في حدود القانون - حق استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه، علىٰ أن يكون ذلك متفقًا مع ما لحق الملكية من وظيفة اجتماعية». ثم حذفت العبارة الأخيرة من هذا النص؛ لأنها «أشكل بالإيضاحات الفقهية، وأن في التطبيقات التي أوردها المشروع في النصوص التالية - ما يغني عنها» (مجموعة الأعمال التحضيرية: ج 6/ ص15 و16). ويعزز هذه الإضافة في النص المقترح تلك الصياغة الجديدة لنظرية التعسف في استعمال الحق في المشروع، بما تضمنته من معيار عام يقضي باعتبار استعمال الحق غير مشروع إذا انحرف به صاحبه عن غرضه الاجتماعي الذي قصد إليه الشارع (م 37 من المشروع).

وقد نص الدستور الصادر في 11 سبتمبر سنة 1972 في المادة (32) منه علىٰ ما يأتي: «الملكية الخاصة تتمثل في رأس المال غير المستغل، وينظم القانون أداء وظيفتها

الاجتماعية في خدمة الاقتصاد القومي وفي إطار خطة التنمية، دون انحراف واستغلال، ولا يجوز أن تتعارض في طرق استخدامها مع الخير العام للشعب».

انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1162) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج6/ ص 14).

والمادة المقترحة تقابل المادة (1048) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (1018) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (810) من التقنين الكويتي.

ويتفق حكم النص المقترح مع ما يقرره الفقه الإسلامي، فقد نصت المادة (11) من مرشد الحيران علىٰ ما يأتي: «الملك العام من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفًا مطلقًا فيما يملكه عينًا ومنفعة واستغلالًا، فينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتاجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة».

ونصت المادة (96) من المجلة علىٰ ما يأتي: «لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه».

ونصت المادة (1192) من المجلة علىٰ ما يأتي: «كلٌّ يتصرف في ملكه كيف شاء». لكن إذا تعلق حق الغير به فيمنع المالك من تصرفه علىٰ وجه الاستقلال....

وقال صاحب فتح القدير (ج5/ ص459) أن الملك قدرة يثبتها الشرع ابتداءً علىٰ التصرف.

مادة (806):

1- يملك مالك الشيء كل ما يعد من عناصره الجوهرية، بحيث لا يمكن فصله عنه دون أن يهلك أو يتلف أو يتغير.

2- وتشمل ملكية الأرض ما فوقها وما تحتها، إلىٰ الحد المفيد في التمتع بها علوًّا وعمقًا.

3- ويجوز بمقتضىٰ القانون أو بموجب تصرف قانوني أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو ما تحتها.

هذه المادة تطابق المادة (803) من التقنين الحالي، فيما عدا تعديلًا لفظيًّا طفيفًا في الفقرتين الأولىٰ والثانية، واستبدال عبارة: «تصرف قانوني» بكلمة: «الاتفاق» في الفقرة الأخيرة؛ لأن التصرف القانوني أعمّ من الاتفاق في الدلالة علىٰ معنىٰ الإرادة.

وتتفق مع المادة (1049) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (1019) من التقنين الأردني.

والفقرتان الثانية والثالثة منها تتفقان مع المادة (812) من التقنين الكويتي.

انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م1163) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج6/ ص17 و 18).

ويتفق حكم المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الإسلامي، فقد نصت المادة (1194) من المجلة علىٰ ما يأتي: «كل من ملك محلًا صار مالكًا ما فوقه وما تحته أيضًا، يعني: يتصرف في العرصة التي هي ملكه بالبناء والعلو كما يشاء، وسائر التصرفات كـ: حفر أرضها، واتخاذها مخزنًا، وينشئها كما يشاء عمقًا أو يجعلها بئرًا».

مادة (807): لمالك الشيء الحق في كل ثماره ومنتجاته وملحقاته، ما لم يوجد نص أو تصرف قانوني يخالف ذلك.

هذه المادة تطابق المادة (804) من التقنين الحالي، مع استبدال عبارة: «تصرف قانوني» بكلمة: «اتفاق»؛ لأن التصرف القانوني أعم من الاتفاق في الدلالة علىٰ معنىٰ الإرادة.

وتتفق مع المادة (1048) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (1018/ 2) من التقنين الأردني.

وتتفق مع المادة (811) من التقنين الكويتي.

انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م1164) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج6/ ص20 و21).

ويتفق حكم المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الإسلامي. انظر في هذا: المادة (11) من مرشد الحيران، وقد تقدم ذكرها.

مادة (808): لا يجوز أن يحرم أحد ملكه إلا في الأحوال التي يقررها القانون، وبالطريقة التي يرسمها، ويكون ذلك في مقابل تعويض عادل.

هذه المادة تطابق المادة (805) من التقنين الحالي.

وتتفق مع المادة (1020) من التقنين الأردني.

وتتفق مع المادة (1050) من التقنين العراقي، فيما عدا أن هذا التقنين يقضي بأن يدفع التعويض مقدمًا.

انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م1165) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج6/ ص23- 25).

ويتفق حكم المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الإسلامي، فقد نصت المادة (97) من المجلة علىٰ ما يأتي: «لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي».

ونصت المادة (1216) من المجلة علىٰ ما يأتي: «لدىٰ الحاجة يؤخذ ملك كائن من كان بالقيمة بأمر السلطان، ويلحق بالطريق، لكن لا يؤخذ من يده ما لم يؤد الثمن».

كذلك نصت المادة (162) من مرشد الحيران علىٰ ما يأتي: «لا ينزع ملك أحد من يده بغير حق شرعي».

ونصت المادة (165) منه علىٰ ما يأتي: «إذا اقتضت المصلحة العامة أخذ ملك لتوسيع طريق العامة - يؤخذ بقيمته، لكن لا يؤخذ من يد صاحبه ما لم يؤد له ثمنه مقدرًا بمعرفة من يوثق بعدالته من أهل الخبرة».

وقد أشير في الهامش إلىٰ أن مصدر النص في حاشية أبي السعود علىٰ منلا مسكين من الوقف (ص519)، وقد جاء بها أنه: «إذا ضاق المسجد علىٰ الناس وبجنبه أرض لرجل تؤخذ بالقيمة كرهًا؛ لأنه لما ضاق المسجد الحرام أخذ الصحابة أرضين بكره، وزادوا في المسجد. زيلعي، وهذا من الإكراه الجائز».



الفصل الثاني
القيود التي ترد على حق الملكية

مادة (809): علىٰ المالك أن يراعي في استعمال حقه ما تقضي به القوانين واللوائح المتعلقة بالمصلحة العامة أو بالمصلحة الخاصة، وعليه كذلك مراعاة الأحكام الآتية.

هذه المادة تتفق مع المادة (806) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «علىٰ المالك أن يراعي في استعمال حقه ما تقضي به القوانين والمراسيم واللوائح المتعلقة بالمصلحة العامة أو بالمصلحة الخاصة، وعليه أيضًا مراعاة الأحكام الآتية».

وقد حذفت من هذه المادة عبارة: «والمراسيم»، والاكتفاء بعبارة «واللوائح»؛ لأنها أعم؛ إذ تشمل كل تشريع يصدر من السلطة التنفيذية.

انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م1168) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج6/ ص26).

وتتفق المادة المقترحة مع المادة (1021) من التقنين الأردني.

ويتفق حكم المادة المقترحة مع القواعد المقررة في الفقه الإسلامي.

ذلك أن الحق يثبت للشخص بمقتضىٰ الشرع، فليس للشخص حقوق إلا ما يقضي به الشرع، ويقول أبو إسحاق الشاطبي في هذا المعنىٰ: «ما هو حق للعبد إنما ثبت كونه حقًّا له بإثبات الشرع ذلك له، لا بكونه مستحقًّا لذلك بحسب الأصل». (الموافقات: ج2/ ص238).

وبناءً علىٰ ذلك يثبت الحق للشخص في الحدود التي تقضي بها القوانين واللوائح، فيجب علىٰ الشخص أن يراعي في استعمال حقه هذه الحدود.

مادة (810): يجب أن تقام المحال والمنشآت المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة علىٰ المسافات المبينة في القوانين واللوائح، وبالشروط التي تفرضها.

هذه المادة تتفق مع المادة (822) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «المصانع والآبار والآلات البخارية وجميع المحال المضرة بالجيران - يجب أن تنشأ علىٰ المسافات المبينة في اللوائح، وبالشروط التي تفرضها».

وقد عدلت صياغة هذه المادة علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة؛ لكي يكون الحكم شاملًا لكل ما هو مقلق للراحة أو مضر بالصحة أو خطر، وسواء كان مصدره القوانين أو اللوائح.

وحكم المادة المقترحة تطبيق مباشر لما قررته المادة السابقة. ومن ثم فإنه يتفق مع القواعد المقررة في الفقه الإسلامي علىٰ ما سبق بيانه تحت هذه المادة.

مادة (811):

1- علىٰ المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلىٰ حد يلحق بالجار ضررًا غير مألوف.

2- وللجار أن يرجع علىٰ جاره ولو كان قد اتخذ كل ما يمكن من تدابير لتجنب الضرر غير المألوف، أو كان الاستعمال الذي نشأ عنه هذا الضرر مرخصًا فيه من السلطة المختصة، وللمحكمة أن تأمر بإزالة الضرر غير المألوف، أو أن تقتصر علىٰ الحكم بتعويض نقدي إذا رأت ما يبرر ذلك. ويراعىٰ في تقدير مجاوزة الضرر للحد المألوف العرف، وطبيعة العقارات، وموقع كل منها بالنسبة إلىٰ الآخر، والغرض الذي خصصت له.

هذه المادة تتفق مع المادة (807) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- علىٰ المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلىٰ حد يضر بملك الجار.

2- وليس للجار أن يرجع علىٰ جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها، وإنما له أن يطالب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف، علىٰ أن يراعي في ذلك العرف، وطبيعة العقارات، وموقع كل منها بالنسبة إلىٰ الآخر، والغرض الذي خصصت له. ولا يخول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق».

وقد عدلت صياغة هذه المادة علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة في ضوء ما جرىٰ عليه القضاء وأجمع عليه الفقه.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م1169) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج6/ ص31- 33).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (1027) من التقنين الأردني التي تطابق المادة (807) من التقنين المصري الحالي.

وتقابل المادة (1501) من التقنين العراقي.

وتتفق أحكام المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الإسلامي:

فقد نصت المادة (57) من مرشد الحيران علىٰ ما يأتي: «للمالك أن يتصرف كيف شاء في خالص ملكه الذي ليس للغير حق فيه، فيعلي حائطه ويبني ما يريده، ما لم يكن تصرفه مضرًّا بالجار ضررًا فاحشًا».

ونصت المادة (59) علىٰ ما يأتي: «الضرر الفاحش ما يكون سببًا لوهن البناء أو هدمه، أو يمنع الحوائج الأصلية أي المنافع المقصودة من البناء. وأما ما يمنع المنافع التي ليست من الحوائج الأصلية فليس بضرر فاحش».

ونصت المادة (60) علىٰ ما يأتي: «يزال الضرر الفاحش سواء كان قديمًا أو حديثًا».

ونصت المادة (61) علىٰ ما يأتي: «سد الضياء بالكلية علىٰ الجار يعد ضررًا فاحشًا، فلا يسوغ لأحد إحداث بناء يسد به شباك بيت جاره سدًّا يمنع الضوء عنه». وإن فعل ذلك للجار أن يكلفه رفع البناء دفعًا للضرر عنه».

نصت المادة (63) علىٰ ما يأتي: «إن كان لأحد دار يتصرف فيها تصرفًا مشروعًا، فأحدث غيره بجواره بناءً مجددًا، فليس للمحدث أن يتضرر من شبابيك الدار القديمة، ولو كانت مطلة علىٰ مقر نسائه، بل هو الذي يلزمه دفع الضرر عن نفسه».

وفي هذا المعنىٰ أيضًا: (المواد 1198- 1209) من المجلة.

مادة (812):

1- من أنشأ مسقاة خاصة أو مصرفًا خاصًا وفقًا للقوانين واللوائح الخاصة

بذلك، كان له وحده حق استعمالهما.
2- ومع ذلك يجوز للملاك المجاورين للأرض المنشأة بها المسقاة أو المصرف أن يستعملوا المسقاة أو المصرف فيما تحتاجه أراضيهم من ريّ أو صرف، بعد أن يكون مالك المسقاة أو المصرف قد استوفىٰ حاجته منها، وعلىٰ الملاك المجاورين في هذه الحالة أن يشتركوا في نفقات إنشاء المسقاة أو المصرف وصيانتها بنسبة مساحة أراضيهم التي تنتفع منهما.

هذه المادة تتفق مع المادة (808) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- من أنشأ مسقاة أو مصرفًا خصوصيًّا طبقًا للوائح الخاصة بذلك، كان له وحده حق استعمالها.

2- ومع ذلك يجوز للملاك المجاورين أن يستعملوا المسقاة أو المصرف فيما تحتاجه أراضيهم من ريّ أو صرف، بعد أن يكون مالك المسقاة أو المصرف قد استوفىٰ حاجته منها، وعلىٰ الملاك المجاورين في هذه الحالة أن يشتركوا في نفقات إنشاء المسقاة أو المصرف وصيانتهما بنسبة مساحة أراضيهم التي تنتفع منهما».

وقد أدخلت علىٰ الفقرة الأولىٰ من هذه المادة تعديلات لفظية علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة، وأضيف إلىٰ الفقرة الثانية ما يفيد بأن المقصود بالجوار في هذا الصدد هو جوار الأرض المنشأة بها المسقاة أو المصرف، وذلك دفعًا لكل شك فيما يقصد بالجوار في هذا الخصوص.

والمادة المقترحة تقابل المواد (1055- 1057) من التقنين العراقي.

وتقابل المواد (1292- 1295) من التقنين الأردني.

وأحكام المادة المقترحة تتفق مع أحكام الفقه الإسلامي، فيما عدا أن الجار ليس له حق الحصول علىٰ الشرب من مسقاة جاره إلا بالاتفاق معه.

فقد نصت المادة (1267) من المجلة علىٰ ما يأتي: «الأنهار المملوكة - يعني: المياه الداخلة في المجاري المملوكة - حق شربها لأصحابها، وللعامة فيها حق الشفة فقط، فلا يسوغ لأحد أن يسقي أراضيه من نهر مخصوص بجماعة، أو جدول أو قناة أو

بئر بلا إذنهم، لكن يسوغ له الشرب بسبب حق شفته، وله أيضًا أن يورد حيواناته من النهر والجدول والقناة المذكورات إن لم يخش من تخريبها بحسب كثرة الحيوانات، وكذلك له أخذ الماء منها إلىٰ جنينته وداره بالجرة والبرميل». انظر كذلك المواد (1262– 1266) والمادتين (1268و 1269) من المجلة.

ونصت المادة (42) من مرشد الحيران علىٰ ما يأتي: «من أنشأ ترعة من ماله لسقي أرضه فله الانتفاع بما فيها كيف شاء، وليس لغيره أن يسقي أرضه منها إلا بإذن المنشئ. وللغير أن يشرب منها ويسقي دابته». انظر كذلك المواد (37–41)، والمواد (43– 47) من مرشد الحيران.

مادة (813): يجب علىٰ مالك الأرض أن يسمح بأن تمر بأرضه المياه الكافية لري الأراضي البعيدة عن مورد المياه، وكذلك مياه الصرف الآتية من الأراضي المجاورة؛ لتصب في أقرب مصرف عام، بشرط أن يعوض عن ذلك مقدمًا.

هذه المادة تطابق المادة (809) من التقنين الحالي، فيما عدا ما يتعلق بالتعويض، حيث استبدلت عبارة: «بشرط أن يعوض عن ذلك مقدمًا» بعبارة: «بشرط أن يعوض عن ذلك تعويضًا عادلًا». وهذا الحكم المقترح والذي يقضي بدفع التعويض مقدمًا – كان مقررًا في التقنين المدني القديم (م33/ 54)، وفي المشروع التمهيدي للتقنين المدني الحالي (م 1173)، كما أنه مقرر في قانون الريّ والصرف، ووجه العدالة فيه ظاهر.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (1173) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص44– 46).

والمادة المقترحة تقابل المادة (1058) من التقنين العراقي.

وتقابل المواد (1298– 1300) من التقنين الأردني.

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (45) من مرشد الحيران علىٰ ما يأتي: «إذا كان لأحد مسقىٰ جار بحق في أرض آخر، فليس لرب الأرض أن يمنعه عن إجرائه في أرضه».

مادة (814): إذا أصاب الأرض ضرر من مسقاة أو مصرف يمر بها، سواء أكان ذلك ناشئًا عن عدم التطهير أم عن سوء حالة الجسور - فإن لمالك الأرض أن يطلب تعويضًا عما أصابه من ضرر.

هذه المادة تقابل المادة (810) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «إذا أصاب الأرض ضرر من مسقاة أو مصرف يمر بها، سواء أكان ذلك ناشئًا عن عدم التطهير أم عن سوء حالة الجسور - فإن لمالك الأرض أن يطلب تعويضًا كافيًا عما أصابه من ضرر».

وقد حذفت من هذه المادة كلمة: «كافيًا» بعد كلمة: «تعويضًا»؛ لأنها تزيد لا لزوم له؛ إذ التعويض يجب أن يكون جابرًا للضرر.

والمادة المقترحة تتفق مع ما جاء في نهاية المادة 1058/ 1 من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (1299) من التقنين الأردني.

وتتفق مع أحكام الفقه الإسلامي. فقد نصت المادة (53) **من مرشد الحيران علىٰ ما يأتي**: «إذا كان لأحد مجرىٰ أو سياق ماء في دار آخر، فحصل به خلل تسبب عنه للجار ضرر - فللجار أن يجبر صاحبه علىٰ دفع الضرر عنه بتعميره وإصلاحه، أو عدم الإجراء فيه، وإذا أراد صاحبه إصلاحه فمنعه الجار من الدخول في داره، يخير صاحب الدار بين أن يتركه يدخل ويصلح، وبين أن يفعل صاحب الدار ذلك بماله».

مادة (815): إذا لم يتفق المنتفعون بمسقاة أو مصرف علىٰ القيام بالإصلاحات الضرورية - جاز إلزامهم بالاشتراك فيها بناءً علىٰ طلب أي منهم.

هذه المادة تطابق المادة (811) من التقنين الحالي.

وتقابل المادة (1311) من التقنين الأردني.

والسند الشرعي لها تلك القاعدة، التي تقضي بأن: «الغرم والغنم - يعني: أن من ينال نفع شيء يتحمل ضرره» (م87 من المجلة).

مادة (816):

1- مالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام، أو التي لا يصلها بهذا الطريق ممر كافٍ، إذا كان لا يتيسر له الوصول إلىٰ ذلك الطريق إلا بنفقة باهظة أو مشقة كبيرة - له حق المرور في الأرض المجاورة بالقدر اللازم لاستغلال أرضه واستعمالها علىٰ الوجه المألوف، ما دامت هذه الأرض محبوسة عن الطريق العام، وذلك نظير تعويض يدفعه مقدمًا، ولا يستعمل هذا الحق إلا في العقار الذي يكون المرور فيه أخف ضررًا، وفي موضع يتحقق فيه ذلك.

2- وإذا كان الحبس عن الطريق العام ناشئًا عن تجزئة عقار تمت بناءً علىٰ تصرف قانوني، وكان من المستطاع إيجاد ممر كافٍ في أجزاء هذا العقار - فلا تجوز المطالبة بحق المرور إلا في هذه الأجزاء.

هذه المادة تقابل المادة (812) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- مالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام، أو التي لا يصلها بهذا الطريق ممر كافٍ، إذا كان لا يتيسر له الوصول إلىٰ ذلك الطريق إلا بنفقة باهظة أو مشقة كبيرة - له حق المرور في الأراضي المجاورة بالقدر اللازم لاستغلال أرضه، واستعمالها علىٰ الوجه المألوف، مادامت هذه الأرض محبوسة عن الطريق العام، وذلك نظير تعويض عادل، ولا يستعمل هذا الحق إلا في العقار الذي يكون المرور فيه أخف ضررًا، وفي موضع يتحقق فيه ذلك.

2- علىٰ أنه إذا كان الحبس عن الطريق العام ناشئًا عن تجزئة عقار تمت بناءً علىٰ تصرف قانوني، وكان من المستطاع إيجاد ممر كافٍ في أجزاء هذا العقار - فلا تجوز المطالبة بحق المرور إلا في هذه الأجزاء».

وقد أدخلت على هذه المادة التعديلات الآتية:

1- حذفت كلمة: «عادل» التي جاءت بعد كلمة: «تعويض».

2- نص علىٰ أن يكون التعويض مقدمًا. وقد كان هذا الحكم مقررًا في المادة (1178) من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي.

3- استبدلت في بداية الفقرة الثانية عبارة: «وإذا كان الحبس» بعبارة: «علىٰ أنه إذا

كان الحبس»؛ إذ إن هذه العبارة الأخيرة قد توحي بأن هناك تعديلًا للقواعد الواردة في الفقرة الأولىٰ، ولا سيما وأن المذكرة الإيضاحية للتقنين الحالي تقول عن الفقرة الثانية أنها تتضمن «تقييدًا عادلًا لحق المرور» (مجموعة الأعمال التحضيرية: ج6/ ص50).

والواقع أن التصرف القانوني الذي أدىٰ إلىٰ التجزئة يولد التزامًا بإنشاء حق ارتفاق لصالح الجزء الذي ينحبس عن الطريق العام؛ إذ إن هذا من مستلزمات التصرف ولو لم يرد فيه شرط صريح بهذا المعنىٰ، وذلك طبقًا لما تقضي به الفقرة الثانية من المادة (147) من المشروع من أنه: «لا يقتصر العقد علىٰ إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضًا ما هو من مستلزماته، وفقًا لما تقتضيه طبيعة الالتزام، وما يقرره القانون والعرف». فمالك الجزء الذي انحبس بسبب تجزئة العقار الأصلي، إذ يطالب بالمرور في الجزء الآخر من العقار، لا يستند إلىٰ حق المرور القانوني، فليس له هذا الحق، بل يستند إلىٰ التزام بإنشاء ارتفاق ترتب علىٰ التصرف الذي أدىٰ إلىٰ التجزئة.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م1178) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج6/ ص50 و51).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (1059) من التقنين العراقي.

وتقابل المادتين (1290و 1291) من التقنين الأردني اللتين تتفقان مع المادة (812) من التقنين المصري الحالي.

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (49) من مرشد الحيران علىٰ ما يأتي: «إذا كان لأحد المرور في أرض شخص آخر، فليس لصاحبها أن يمنعه من المرور منها، وله أن يقود دوابه وعربته إذا كان له هذا الحق».

وفيما يتعلق بحكم الفقرة الثانية من المادة المقترحة، باعتبار أن الحق في المرور لصالح الجزء الذي ينحبس من مستلزمات التصرف الذي أدىٰ إلىٰ التجزئة، نصت المادة (1165) من المجلة علىٰ ما يأتي: «حق الطريق والمسيل في الأراضي المجاورة للمقسوم داخل في القسمة علىٰ كل حال، يعني: في أي حصة وقع يكون من حقوق صاحبها، سواء قَبِلَ بجميع حقوقها حين القسمة أو لم يقبل».

مادة (817):

1- لكل مالك أن يجبر جاره علىٰ وضع حدود لأملاكهما المتلاصقة، وتكون نفقات التحديد مناصفة بينهما.

هذه المادة تتفق مع المادة (813) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «لكل مالك أن يجبر جاره علىٰ وضع حدود لأملاكهما المتلاصقة، وتكون نفقات التحديد شركة بينهما».

وقد استبدلت في هذا النص كلمة: «مناصفة» بكلمة: «شركة»، لبيان ما يلتزم به كل جار من نفقات التحديد، حيث تقسم بينهما مناصفة بحسب الرءوس.

انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م1181) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج6/ ص54).

والمادة المقترحة تطابق المادة (813) من التقنين الكويتي.

وتتفق مع المادة (1060) من التقنين العراقي.

والسند الشرعي لها أنها من الأعمال التنظيمية التي تهدف إلىٰ المحافظة علىٰ مصالح الجيران والحيلولة دون قيام نزاع بينهم.

مادة (818):

1- ليس للمالك أن يجبر جاره علىٰ تحويط ملكه.

2- ومع ذلك، فليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارًا دون عذر قوي، إن كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط.

هذه المادة تقابل المادة (818) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- ليس للجار أن يجبر جاره علىٰ تحويط ملكه، ولا علىٰ النزول عن جزء من حائط أو من الأرض التي عليها الحائط إلا في الحالة المذكورة في المادة (816).

2- ومع ذلك، فليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارًا دون عذر قوي، إن كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط».

وقد عدلت الفقرة الأولىٰ من هذه المادة، حيث استبدلت كلمة: «للمالك» بكلمة: «للجار»، وحذفت العبارة الأخيرة منها؛ لكي يأتي حكمها بين النصوص المتعلقة بالحائط المشترك الذي نقلت أحكامه من بين النصوص الخاصة بالقيود التي ترد علىٰ حق الملكية إلىٰ الموضع الخاص بالشيوع الإجباري.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م1186) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج6/ ص65و66).

والمادة المقترحة تقابل المادة (1092) من التقنين العراقي التي تتفق مع المادة (818) من التقنين المصري الحالي.

وتقابل المادة (1279) من التقنين الأردني التي تتفق مع المادة (818) من التقنين المصري الحالي.

وحكمها يتفق مع ما يقرره الفقه الإسلامي:

ففيما يتعلق بالفقرة الأولىٰ، نصت المادة (69) من مرشد الحيران علىٰ ما يأتي: «لا يجوز للجار أن يجبر جاره علىٰ إقامة حائط أو غيره علىٰ حدود ملكه...».

وفيما يتعلق بحكم الفقرة الثانية، فإنه يعتبر تطبيقًا لنظرية التعسف في استعمال الحق.

مادة (819):

1- لا يجوز للجار أن يكون له علىٰ جاره مطل مواجه علىٰ مسافة تقل عن متر، وتقاس المسافة من ظهر الحائط الذي فيه المطل، أو من حافة المشربة أو الخارجة.

2- وإذا كسب أحد بالتقادم الحق في مطل مواجه لملك الجار علىٰ مسافة تقل عن متر - فلا يحق لهذا الجار أن يبني علىٰ أقل من متر، يقاس بالطريقة السابق بيانها، وذلك علىٰ طول البناء الذي فتح فيه المطل.

هذه المادة تطابق المادة (819) من التقنين الحالي.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م1187) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج6/ ص68).

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (62) من مرشد الحيران على ما يأتي:

«رؤية المحل الذي هو مقر للنساء يعد ضررًا فاحشًا، فلا يسوغ إحداث شباك أو بناء يجعل فيه شباكًا للنظر مطلًّا علىٰ محل نساء جاره، وإن أحدث ذلك يؤمر برفع الضرر، إما بسد الشباك أو ببناء ساتر، فإن كان الشباك المحدث مرتفعًا فوق قامة الإنسان فليس للجار طلب سده». وفي هذا المعنىٰ أيضًا المادتان (1202 و1203) من المجلة.

مادة (820): لا يجوز أن يكون للجار علىٰ جاره مطل منحرف علىٰ مسافة تقل عن خمسين سنتيمترًا من حرف المطل.

هذه المادة تقابل المادة (820) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«لا يجوز أن يكون للجار علىٰ جاره مطل منحرف علىٰ مسافة تقل عن خمسين سنتيمترًا من حرف المطل، ولكن يرتفع هذا الخطر إذا كان المطل المنحرف علىٰ العقار المجاور هو في الوقت ذاته مطل مواجه للطريق العام».

وقد رئي حذف الجزء الأخير من هذه المادة حتىٰ يكون القيد عامًّا؛ إذ ليس هناك ما يسوغ رفع هذا القيد إذا كان المطل المنحرف هو في الوقت ذاته مطل مواجه للطريق العام.

وفي الفقه الإسلامي: انظر النصوص الشرعية التي تقدم ذكرها تحت المادة السابقة.

مادة (821): لا تشترط أية مسافة لفتح المناور، وهي التي لا يقصد بها إلا مرور الهواء ونفاذ النور، دون أن يستطاع الإطلال منها علىٰ العقار المجاور، ولا يجوز أن يقل ارتفاع قاعدتها عن مترين.

هذه المادة تقابل المادة (821) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«لا تشترط أية مسافة لفتح المناور، وهي التي تعلو قاعدتها عن قامة الإنسان المعتادة، ولا يقصد بها إلا مرور الهواء ونفاذ النور، دون أن يستطاع الإطلال منها علىٰ العقار المجاور».

وقد رئي تعديل هذه المادة بتحديد ارتفاع قاعدة المنور بمترين؛ لأن هذا التحديد

أكثر انضباطًا من معيار قامة الإنسان المعتادة الواردة في النص الحالي.

ويتفق حكم المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الإسلامي، فقد نصت المادة (1202) من المجلة علىٰ ما يأتي: «إذا كان لواحد شباك فوق قامة الإنسان، فليس لجاره أن يكلفه سده؛ لاحتمال أنه يضع سلمًا وينظر إلىٰ مقر نساء ذلك الجار».

ونصت المادة (62) من مرشد الحيران علىٰ ما يأتي: «...فإن كان الشباك المحدث مرتفعًا فوق قامة الإنسان، فليس للجار طلب سده».

مادة (822):

1- إذا تضمن العقد أو الوصية شرطًا يقضي بمنع التصرف في مال، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنيًّا علىٰ باعث مشروع، ومقصورًا علىٰ مدة معقولة. 2- ويكون الباعث مشروعًا متىٰ كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمشترط، أو للمشترط عليه، أو للغير.

هذه المادة تقابل المادة (823) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- إذا تضمن العقد أو الوصية شرطًا يقضي بمنع التصرف في مال، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنيًّا علىٰ باعث مشروع، ومقصورًا علىٰ مدة معقولة.

2- ويكون الباعث مشروعًا متىٰ كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف، أو للمتصرف إليه، أو للغير.

3- والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدىٰ حياة المتصرف، أو المتصرف إليه، أو للغير».

وقد أدخل على هذه المادة التعديلان الآتيان:

1- استبدلت في الفقرة الثانية من هذه المادة عبارة: «للمشترط أو للمشترط عليه أو للغير» بعبارة: «للمتصرف أو للمتصرف إليه، أو للغير» إذ إن مصطلحي «المتصرف» و«المتصرف إليه» قد يوحيان بأن الشرط لا يرد إلا في تصرف ناقل لحق عيني، ولئن كان هذا هو الغالب، إلا أنه لا يتحتم أن يكون الشرط مصحوبًا بنقل حق عيني، ففي عقد

الوعد بالبيع، قد يشترط الموعود له علىٰ الواعد ألا يتصرف في الشيء الموعود ببيعه أثناء المدة المتفق عليها لكي يظهر الموعود له خلالها رغبته في الشراء؛ إذ إن للموعود له مصلحة مشروعة في هذا.

2- حذفت الفقرة الثالثة من هذه المادة، وذلك حتىٰ لا يكون هناك أي توجيه للقاضي فيما يتعلق بتقدير ما إذا كانت مدة المنع من التصرف معقولة أو غير معقولة، فتكون ظروف الحالة المعروضة عليه هي وحدها التي توجه هذا التقدير.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م1191) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص76).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (1028) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (815) من التقنين الكويتي.

وفي الفقه الإسلامي جاء في البداية والنهاية لابن رشد (ج 2/ ص123) ما يأتي: «أن يشترط عليه شرطًا يقع في مدة الملك، وهذا ينقسم إلىٰ ثلاثة أقسام: إما أن يشترط في البيع منفعة لنفسه، وإما أن يشترط علىٰ المشتري منعًا من تصرف عام أو خاص، وإما أن يشترط إيقاع معنىٰ في المبيع، وهذا أيضًا ينقسم إلىٰ قسمين: **أحدهما**: أن يكون معنىٰ من معاني البر. **والثاني**: أن يكون معنىٰ ليس فيه من البر شيء. فأما إذا اشترط لنفسه منفعة يسيرة لا تعود بمنع المتصرف في أصل المبيع، مثل أن يبيع الدار ويشترط سكناها مدة يسيرة - فذلك جائز لحديث جابر. وإما أن يشترط منعًا من التصرف خاص أو عام، فذلك لا يجوز لأنه من الثنيا، مثل أن يبيع الأمة علىٰ أن لا يبيعها. وإما أنه معنىٰ من معاني البر، فإن كان قد اشترط تعجيله جاز، وإن تأخر لم يجز؛ لعظم الغرر فيه، وإن اشترط معنىٰ ليس من معاني البر، فإن ذلك لا يجوز...».

انظر أيضًا: «المغني» لابن قدامة (ج4/ ص49 - 55). الموافقات للشاطبي (ج1/ ص 196 و197). «فتح العزيز علىٰ وجيز حجة الإسلام الغزالي» (ج8/ ص204 و205). محمد أبو زهرة «الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية» فقرة (146- 150).

مادة (823): إذا كان شرط المنع عن التصرف صحيحًا، فكل تصرف مخالف له

يكون موقوفًا علىٰ إجازة كل من المشترط ومن تقرر الشرط لمصلحته.

هذه المادة تقابل المادة (824) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «إذا كان شرط المنع من التصرف الوارد في العقد أو الوصية صحيحًا طبقًا لأحكام المادة السابقة - فكل تصرف مخالف له يقع باطلًا».

فالتصرف الذي يقع مخالفًا لشرط المنع من التصرف يختلف حكمه في النص الحالي عنه في المادة المقترحة، فهو طبقًا للنص الحالي تصرف باطل، بينما هو طبقًا للمادة المقترحة تصرف موقوف نفاذه علىٰ الإجازة.

وقد روعي في هذا التعديل أن شرط المنع من التصرف يورد قيدًا علىٰ سلطات المالك؛ إذ يتضمن تعديلًا استثنائيًّا للنظام العادي للملكية علىٰ خلاف مقتضىٰ العقد، ومن ثم فإن هذا التعديل يجب أن تحدد أحكامه وفقًا للغرض المقصود منه، حيث يكون الأصل في هذا الخصوص أن من يحق له إجازة التصرف المخالف أو إبطاله - هو الشخص الذي تقرر الشرط لمصلحته، سواء كان هو المشترط أو المشترط عليه أو الغير، وفوق ذلك فإن المشترط له دائمًا مصلحة أدبية في إعمال الشرط، ولو كان الشرط مقررًا لمصلحة المشترط عليه أو الغير، فإن كان الشرط مقررًا لمصلحة المشترط، كان هو صاحب الحق في إجازة التصرف المخالف للشرط أو إبطاله. وإن كان الشرط مقررًا لمصلحة المشترط عليه، كانت إجازة التصرف أو إبطاله من حق المشترط والمشترط عليه معًا، فلا يكفي أن تصدر الإجازة أو الإبطال من أحدهما، وكذلك الحكم إذا كان الشرط مقررًا لمصلحة الغير، حيث تكون إجازة التصرف أو إبطاله من حق المشترط والغير معًا.

والمادة المقترحة تقابل المادة (1029) من التقنين الأردني التي تتفق مع المادة (824) من التقنين المصري الحالي.

وتقابل المادتين (816 و817) من التقنين الكويتي.

وفي الفقه الإسلامي: انظر النصوص والمراجع الشرعية التي تقدم ذكرها تحت المادة السابقة.



الفصل الثالث
الملكية الشائعة

الفرع الأول
الملكية الشائعة بوجه عام

مادة (824): إذا تعدد أصحاب الحق العيني علىٰ شيء، غير مفرزة حصة كل منهم فيه - فهم شركاء علىٰ الشيوع، وتكون حصصهم متساوية، ما لم يثبت غير ذلك.

هذه المادة تقابل المادة (825) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «إذا ملك اثنان أو أكثر شيئًا غير مفرزة حصة كل منهم فيه - فهم شركاء علىٰ الشيوع، وتحسب الحصص متساوية، إذا لم يقم دليل علىٰ غير ذلك».

وقد عدلت هذه المادة بما يتفق مع حقيقة الشيوع بصفة عامة؛ فالشيوع حالة قانونية تنجم عن تعدد أصحاب الحق العيني، فهو لا يقتصر علىٰ الملكية، بل يصح أن يتحقق بالنسبة إلىٰ الحقوق العينية الأخرىٰ، كما لو أوصىٰ شخص بحق الانتفاع لعدة أشخاص؛ إذ يكون حق الانتفاع حينئذٍ مالًا شائعًا بين الموصىٰ لهم جميعًا. وإنما نظم الشارع في التقنين الحالي الملكية الشائعة فحسب؛ لأنها هي الصورة التي يتحقق فيها الشيوع عادة.

انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م1193) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج6/ ص78 و79).

والمادة المقترحة تطابق المادة (818/ 1) من التقنين الكويتي.

وتتفق مع المادة (1061/ 1) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (1030) من التقنين الأردني.

ويتفق تعريف الشيوع في المادة المقترحة مع التعريف الذي يقول به الفقه الإسلامي:

فقد نصت المادة (1060) من المجلة علىٰ ما يأتي: «شركة الملك هي كون الشيء مشتركًا بين اثنين فأكثر، أي: مخصوصًا بهما بسبب من أسباب التملك، كاشتراء وإيهاب وقبول وصية وتوارث، أو بخلط أموالهم أو اختلاطها في صورة لا تقبل التميز والتفريق...».

ونصت المادة (1067) علىٰ ما يأتي: «شركة العين الاشتراك في المال المعين والموجود، كاشتراك اثنين شائعًا في شاة أو في قطيع غنم».

ونصت المادة (828) من مرشد الحيران علىٰ ما يأتي: «شركة الملك هي أن يملك اثنان فأكثر عينًا أو دينًا بسبب من أسباب التملك».

ونصت المادة (829) علىٰ ما يأتي: «شركة الملك نوعان: شركة اختيارية، وشركة جبرية. **والشركة الاختيارية:** هي أن يملك الشريكان أو الشركاء مالًا بشراء أو هبة أو وصية أو خلط لأموالهم باختيارهم. **والشركة الجبرية:** هي أن يملك الشريكان أو الشركاء مالًا بإرث أو باختلاط المالين بلا اختيار المالكين اختلاطًا لا يمكن معه تميزها حقيقة بأن كان متحدي الجنس، أو يمكن التمييز بينهما بمشقة وكلفة بأن كانا مختلفين جنسًا».

مادة (825): تسري النصوص التالية علىٰ الملكية الشائعة، كما تسري علىٰ الحقوق العينية الشائعة الأخرىٰ، ما لم تتعارض مع طبيعة الحق أو مع ما يقرره القانون.

هذه المادة مستحدثة.

وعلة ورودها أن أحكام الشيوع لا يقتصر سريانها علىٰ الملكية الشائعة، بل تسري أيضًا علىٰ الحقوق العينية الشائعة الأخرىٰ بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع طبيعة الحق، أو مع ما ينص عليه القانون، وهذا أمر مسلّم به. وإنما وردت أحكام الشيوع في الباب الخاص بالملكية؛ لأنها هي الصورة التي يتحقق فيها الشيوع عادة، الأمر الذي اقتضىٰ أن تنصرف النصوص التالية جميعها إلىٰ الملكية الشائعة، وما دام أن المادة السابقة قد تضمنت تعريفًا للشيوع بصفة عامة، فإن التنويه الذي جاء في المادة التي لحق بصددها

أصبح لازمًا.

ولعل الاعتبار المذكور - وهو أن الشيوع يتحقق عادة في الملكية - هو الذي جعل الفقه الإسلامي لا يتحدث إلا عن شركة الملك.

انظر المادتين (828، 829) من مرشد الحيران، والمادتين (1060و 1067) من المجلة، التي تقدم ذكرها تحت المادة السابقة.

(1) إدارة المال الشائع:

مادة (826): تكون إدارة المال الشائع والتصرف فيه من حق الشركاء مجتمعين، ما لم يوجد اتفاق أو نص يخالف ذلك.

هذه المادة تقابل المادة (827) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين، ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك».

وقد أدخل على هذه المادة التعديلان الآتيان:

1- أضيف إلىٰ إدارة المال الشائع التصرف في هذا المال؛ إذ إن الأصل - سواء في إدارة المال الشائع أو التصرف فيه كله - أن يكون ذلك بإجماع الشركاء، فلا يحق لأي منهم أن ينفرد بإدارة المال الشائع كله أو بالتصرف فيه كله.

2- أضيف إلىٰ جواز الاتفاق علىٰ ما يخالف هذا الأصل أن يكون هناك نص في القانون علىٰ خلاف الأصل، وذلك مراعاة لما سيأتي في النصوص التالية من أغلبية معينة من الشركاء يجوز لها إدارة المال الشائع أو التصرف فيه.

والمادة المقترحة تطابق المادة (820) من التقنين الكويتي، فيما عدا أن هذه الأخيرة لم تذكر الاتفاق المخالف.

وتقابل المادة (1064/ 1) من التقنين العراقي التي تطابق المادة (827) من التقنين المصري الحالي.

وتقابل المادة (1033/ 1) من التقنين الأردني التي تطابق المادة (827) من التقنين المصري الحالي.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي

(م1195) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج6/ ص84).

وتتفق المادة المقترحة مع أحكام الفقه الإسلامي: فقد نصت المادة (1069) من المجلة علىٰ ما يأتي: «كيفما يتصرف صاحب الملك المستقل في ملكه يتصرف أيضًا في الملك المشترك أصحابه بالاتفاق كذلك، ويلاحظ أن التصرف في هذه المادة يقصد به التصرف القانوني بمعناه العام، سواء كان من أعمال الإدارة أو من أعمال التصرف.

مادة (827): لكل شريك الحق في استعمال الشيء الشائع واستغلاله بقدر حصته، مع مراعاة حقوق سائر الشركاء.

هذه المادة تقابل الفقرة الأولىٰ من المادة (826) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكًا تامًّا، وله أن يتصرف فيها، وأن يستولي علىٰ ثمارها، وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء».

وقد أراد الشارع في هذا النص أن يبرز ما للشريك في الشيوع من حق ملكية تامة علىٰ حصته الشائعة بعناصرها الثلاثة، وهي الاستعمال والاستغلال والتصرف، ولكن رئي أن يأتي النص علىٰ حق الشريك في التصرف في حصته الشائعة بين النصوص المتعلقة بالتصرف في المال الشائع بعد النصوص الخاصة بإدارة هذا المال.

وروعي في المادة المقترحة أن الاستعمال والاستغلال يردان علىٰ الشيء الشائع، وليس علىٰ الحصة الشائعة. فكل شريك له الحق في أن يستعمل الشيء الشائع ويستغله، وذلك بقدر حصته، وبشرط عدم المساس بحقوق الشركاء الآخرين.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م1194/ 1) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج6/ ص81).

والمادة المقترحة تطابق المادة (819/ 1) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (1061/ 2و3) من التقنين العراقي.

وتتفق المادة المقترحة مع أحكام الفقه الإسلامي:

فقد نصت المادة (12) من مرشد الحيران على ما يأتي:

«إذا كانت العين مشتركة بين اثنين أو أكثر، فلكل واحد من الشركاء حق الانتفاع

بحصته والتصرف فيها تصرفًا لا يضر بالشريك، وله استغلالها وبيعها مشاعة حيث كانت معلومة القدر بغير إذن الشريك».

ونصت المادة (739) علىٰ ما يأتي: «لكل من الشركاء السكنىٰ في الدار المشتركة بقدر حصته».

ونصت المادة (741) علىٰ ما يأتي: «يجوز للشريك الحاضر أن ينتفع بقدر حصته من الملك المشترك في غيبة شريكه بوجه لا يضره بأن يكون الانتفاع مما لا يختلف باختلاف المستعمل».

ونصت المادة (742) علىٰ ما يأتي: «لا يجوز للشريك الانتفاع بالملك المشترك في غيبة شريكه إن كان الانتفاع به يختلف باختلاف المستعمل».

مادة (828):

1- للشركاء أن يتفقوا علىٰ أن يكون استعمال الشيء الشائع أو استغلاله بمقتضىٰ قسمة مهايأة مكانية أو زمنية.

2- وبمقتضىٰ قسمة المهايأة المكانية يختص كل شريك بمنفعة جزء مفرز يوازي حصته في المال الشائع، نازلًا لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء، ولا يصح هذا الاتفاق لمدة تزيد علىٰ خمس سنين، فإذا لم تشترط لها مدة، أو انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد - كانت مدتها سنة واحدة، تتجدد إذا لم يعلن أحد الشركاء إلىٰ شركائه قبل انتهائها بثلاثة أشهر أنه لا يرغب في التجديد.

3- وبمقتضىٰ قسمة المهايأة الزمنية يتناوب الشركاء الانتفاع بجميع الشيء الشائع، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته.

أورد التقنين الحالي النصوص التي تتناول أحكام قسمة المهايأة بين النصوص المتعلقة بانقضاء الشيوع بالقسمة، مع أن قسمة المهايأة لا تؤدي إلىٰ انقضاء الشيوع، وإنما هي في حقيقتها طريقة لاستعمال الشيء الشائع واستغلاله، فهي قسمة انتفاع لا قسمة ملكية، حيث تكون عملية مؤقتة تكفل تنظيم الانتفاع بالشيء الشائع.

لذلك رئي نقل النصوص المتعلقة بقسمة المهايأة إلىٰ موضعها الطبيعي بين

النصوص المنظمة لاستعمال الشيء الشائع واستغلاله.

والفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة مستحدثة، وهي تتفق مع الأصل المقرر في المادة (826) من أن إدارة المال الشائع تكون من حق الشركاء مجتمعين؛ إذ إن الاتفاق علىٰ قسمة المهايأة يجب أن يكون بإجماع الشركاء. كما تتفق مع ما تقرره المادة (827) من أن لكل شريك الحق في استعمال الشيء الشائع واستغلاله بقدر حصته مع مراعاة حقوق سائر الشركاء.

والفقرة الثانية من المادة المقترحة تقابل المادة (846) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي:

«1- في قسمة المهايأة يتفق الشركاء علىٰ أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازي حصته في المال الشائع، متنازلًا لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء، ولا يصح هذا الاتفاق لمدة تزيد علىٰ خمس سنين، فإذا لم تشترط لها مدة، أو انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد - كانت سنة واحدة، تتجدد إذا لم يعلن الشريك إلىٰ شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر أنه لا يرغب في التجديد.

2- وإذا دامت هذه القسمة خمس عشرة سنة، انقلبت قسمة نهائية، ما لم يتفق الشركاء علىٰ غير ذلك، وإذا حاز الشريك علىٰ الشيوع جزءًا مفرزًا من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة - افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلىٰ قسمة مهايأة».

والفقرة الثانية من المادة المقترحة تطابق الفقرة الأولىٰ من المادة (846) من التقنين الحالي المذكورة مع تعديلات لفظية.

أما الفقرة الثانية من المادة (846) من التقنين الحالي المذكورة، فسيأتي ذكرها بين النصوص المتعلقة بانقضاء الشيوع بالقسمة.

والفقرة الثالثة من المادة المقترحة تتفق مع المادة (847) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي:

«تكون قسمة المهايأة أيضًا بأن يتفق الشركاء علىٰ أن يتناوبوا الانتفاع بجميع المال المشترك، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته».

وقد أدخلت علىٰ هذه المادة تعديلات لفظية اقتضتها جعلتها فقرة ثالثة في المادة

المقترحة.

انظر المذكرة الإيضاحية للنصوص المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م1214- 1217) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج6/ ص138- 140).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (1078) من التقنين العراقي، وتقابل المادة (1080) من هذا التقنين بالنسبة إلىٰ المنقول.

وتتفق في الجملة مع المادتين (843، 844) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادتين (1054و1055) من التقنين الأردني.

والأساس الذي تقوم عليه أحكام المادة المقترحة يتفق مع أحكام الفقه الإسلامي:

فقد نصت المادة (1174) من المجلة علىٰ ما يأتي: «المهايأة عبارة عن قسمة المنافع».

ونصت المادة (1176) علىٰ ما يأتي: «المهايأة نوعان: **النوع الأول**: المهايأة زمانًا: كما لو تهايأ اثنان علىٰ أن يزرعا الأرض المشتركة بينهما، هذا سنة والآخر سنة أخرىٰ، أو علىٰ سكنىٰ الدار بالمناوبة، هذا سنة والآخر سنة. **النوع الثاني**: المهايأة مكانًا: كما لو تهايأ اثنان في الأراضي المشتركة بينهما، علىٰ أن يزرع أحدهما نصفها والآخر نصفها الآخر، أو في الدار المشتركة علىٰ أن يسكن أحدهما في طرفها والآخر في الطرف الآخر...».

ونصت المادة (1178) علىٰ ما يأتي: «المهايأة زمانًا نوع مبادلة، فتكون منفعة أحد أصحاب الحصص في نوبته مبادلة بمنفعة حصة الآخر في نوبته. بناءً علىٰ ذلك ذكر المدة وتعيينها في المهايأة مثلًا كذا يومًا أو كذا شهرًا - لازم».

ونصت المادة (1179) علىٰ ما يأتي: «المهايأة مكانًا نوع إفراز؛ فالشريكان في دار مثلًا منفعتها شائعة، يعني: حالة كونها شاملة لكل جزء من أجزائها، فالمهايأة تجمع منفعة أحدهما في قطعة من تلك الدار، ومنفعة الآخر في قطعة أخرىٰ، فلا يلزم ذكر المدة وتعيينها في المهايأة مكانًا».

مادة (829):

1- للشركاء أن يتفقوا، أثناء إجراءات القسمة النهائية، علىٰ أن يقسم المال الشائع مهاياة بينهم حتىٰ تتم القسمة النهائية.
2- فإذا تعذر اتفاق الشركاء علىٰ قسمة المهايأة، جاز للمحكمة بناءً علىٰ طلب أحد الشركاء أن تأمر بها، ولها الاستعانة بخبير إذا اقتضىٰ الأمر.

هذه المادة تتفق مع المادة (849) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي:

«1- للشركاء أن يتفقوا أثناء إجراءات القسمة النهائية، علىٰ أن يقسم المال الشائع مهاياة بينهم، وتظل هذه القسمة نافذة حتىٰ تتم القسمة النهائية.

2- فإذا تعذر اتفاق الشركاء علىٰ قسمة المهايأة، جاز للقاضي الجزئي - إذا طلب منه ذلك أحد الشركاء - أن يأمر بها، بعد الاستعانة بخبير إذا اقتضىٰ الأمر ذلك».

وقد أدخلت علىٰ هذه المادة تعديلات لفظية علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م1219) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج6/ ص139و140) والمادة المقترحة تطابق المادة (1057) من التقنين الأردني.

وتتفق مع المادة (845) من التقنين الكويتي.

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (1182) من المجلة علىٰ ما يأتي: «إذا طلب القسمة أحد أصحاب المال المشترك القابل للقسمة والآخر المهايأة - فتقبل دعوىٰ القسمة، ولو لم يطلب القسمة أحدهما، وطلب المهايأة واحد وامتنع الآخر يجبر علىٰ المهايأة».

ونصت المادة (1183) علىٰ ما يأتي: «إذا طلب المهايأة أحد الشريكين في العين المشتركة التي لا تقبل القسمة وامتنع الآخر فيجبر علىٰ المهايأة».

مادة (830): تخضع قسمة المهايأة - من حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم، ومن حيث الاحتجاج بها علىٰ الغير - لأحكام عقد الإيجار، ما لم تتعارض هذه الأحكام مع طبيعة هذه القسمة.

هذه المادة تقابل المادة (848) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «تخضع قسمة المهايأة، من حيث جواز الاحتجاج بها علىٰ الغير ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم وطرق الإثبات، لأحكام عقد الإيجار ما دامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة».

وقد أدخلت علىٰ هذه المادة تعديلات لفظية علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة، كما حذف منها ما يفيد خضوع قسمة المهايأة لقواعد إثبات عقد الإيجار؛ لأن إثبات عقد الإيجار تسري عليه القواعد العامة في الإثبات.

ويلاحظ أن خضوع قسمة المهايأة لأحكام عقد الإيجار ملحوظ فيه تكييف المهايأة بأنها إيجار، ففي المهايأة المكانية ينتفع الشريك بجزء مفرز، فيحصل علىٰ نصيب باقي الشركاء في منفعة هذا الجزء، في مقابل حصول الشركاء علىٰ نصيبه هو في منفعة الأجزاء المفرزة الأخرىٰ.

وفي المهايأة الزمنية يتناوب الشركاء الانتفاع بالمال الشائع كله، فيحصل الشريك في نوبته علىٰ نصيب باقي الشركاء في منفعة المال الشائع، في مقابل حصول شركائه علىٰ نصيبه هو في منفعة هذا المال. فالمهايأة بنوعيها مقايضة انتفاع بانتفاع، وتعتبر هذه المقايضة إيجارًا؛ إذ ليس من الضروري أن تكون الأجرة نقودًا.

وهذا المعنىٰ ملحوظ كذلك في قواعد الفقه الإسلامي، فقد نصت المادة (1178) من المجلة علىٰ ما يأتي: «المهايأة زمانًا نوع مبادلة، فتكون منفعة أحد أصحاب الحصص في نوبته مبادلة بمنفعة حصة الآخر في نوبته. بناءً علىٰ ذلك ذكر المدة وتعيينها في المهايأة مثلًا كذا يومًا أو كذا شهرًا - لازم».

ونصت المادة (1179) علىٰ ما يأتي: «المهايأة مكانًا نوع إفراز، فالشريكان في دار مثلًا منفعتها شائعة، يعني: حالة كونها شاملة لكل جزء من أجزائها، فالمهايأة تجمع منفعة أحدهما في قطعة من تلك الدار ومنفعة الآخر في قطعة أخرىٰ، فلا يلزم ذكر المدة وتعيينها في المهايأة مكانًا».

والمادة المقترحة تطابق المادة (846) من التقنين الكويتي.

وتتفق مع المادة (1079) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (1056) من التقنين الأردني التي تطابق المادة (848) من التقنين المصري الحالي.

مادة (831):

1- لأغلبية الشركاء - علىٰ أساس قيمة الحصص - أن تقوم بأعمال الإدارة المعتادة، ولها أن تعين مديرًا من الشركاء أو من غيرهم، كما أن لها أن تضع نظامًا للإدارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائع، ويسري ما تتخذه الأغلبية علىٰ جميع الشركاء وخلفائهم سواء كان الخلف عامًّا أو خاصًّا.

2- فإذا لم تتوفر الأغلبية، فللمحكمة - بناءً علىٰ طلب أحد الشركاء - أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة أو المصلحة، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع.

3- وإذا تولىٰ أحد الشركاء عملًا من أعمال الإدارة المعتادة، ولم تعترض عليه أغلبية الشركاء في وقت مناسب - اعتبر فيما قام به نائبًا عن جميع الشركاء.

هذه المادة تقابل المادة (828) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي:

«1- ما يستقر عليه رأي أغلبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة - يكون ملزمًا للجميع، وتحسب الأغلبية علىٰ أساس قيمة الأنصباء. فإن لم تكن ثمة أغلبية، فللمحكمة - بناءً علىٰ طلب أحد الشركاء - أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع.

2- وللأغلبية أيضًا أن تختار مديرًا، كما أن لها أن تضع للإدارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائع نظامًا يسري حتىٰ علىٰ خلفاء الشركاء جميعًا، سواء أكان الخلف عامًّا أم كان
خاصًّا.

3- وإذا تولىٰ أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين، عد وكيلًا عنهم».

وقد أدخلت على هذه المادة التعديلات الآتية:

1- أدخلت تعديلات لفظية، كما أدخلت تعديلات في ترتيب الأحكام؛ مراعاة

للدقة في التعبير وفي الصياغة.

2- وسعت سلطة المحكمة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة المقترحة عند عدم توفر الأغلبية، بحيث لا تقتصر هذه السلطة علىٰ اتخاذ التدابير التي تقتضيها الضرورة، بل تشمل كذلك التدابير التي تقتضيها المصلحة.

3- عدل حكم الفقرة الثالثة، بحيث يكفي عدم اعتراض أغلبية الشركاء في وقت مناسب؛ اتساقًا مع حكم الفقرة الأولىٰ، فإذا لم يعترض باقي الشركاء جميعهم، اعتبر الشريك الذي قام بالإدارة وكيلًا. وإذا لم تعترض أغلبية الشركاء، اعتبر هذا الشريك نائبًا بحكم النص حتىٰ عن الأقلية التي اعترضت.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م1196) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج6/ ص86).

والمادة المقترحة تتفق مع المواد (821 و822 و 823) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (1064/ 2و3) من التقنين العراقي التي تتفق مع المادة (828) من التقنين المصري الحالي.

وتقابل المادتين (1023/ 2 و1034) من التقنين الأردني.

وفي الفقه الإسلامي: نصت المادة (1071) من المجلة علىٰ ما يأتي: «يجوز لأحد أصحاب الحصص التصرف مستقلًّا في الملك المشترك بإذن الآخر، لكن لا يجوز له أن يتصرف تصرفًا مضرًّا بالشريك».

ونصت المادة (1073) علىٰ ما يأتي: «الأموال المشتركة شركة الملك تقسم حاصلاتها بين أصحابها علىٰ قدر حصصهم، فإذا شرط أحد الشريكين في الحيوان المشترك شيئًا زائدًا علىٰ حصته من لبن ذلك الحيوان ونتاجه فلا يصح».

ونصت المادة (1075) علىٰ ما يأتي: «كل واحد من الشركاء في شركة الملك أجنبي في حصة الآخر، ليس واحد وكيلًا عن الآخر، فلا يجوز تصرف أحدهما في حصة الآخر بدون إذنه». **ونصت المادة (1077) علىٰ ما يأتي**: «أحد الشريكين إذا أجر لآخر المال المشترك وقبض الأجرة يعطي الآخر حصته منها».

ونصت المادة (1079) علىٰ ما يأتي: «انتفاع الحاضر بالملك المشترك بوجه لا يضر الغائب - بعد رضىً من الغائب».

ويلاحظ أن التصرف في هذه المواد يقصد به التصرف القانوني بمعناه العام، فهو ينصرف هنا إلىٰ أعمال الإدارة.

مادة (832):

1- للشركاء الذين يملكون علىٰ الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع - أن يقرروا في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية والتعديل في الغرض الذي أعد له، ما يجاوز الإدارة المعتادة، علىٰ أن يختارها باقي الشركاء بذلك القرار بكتاب موصىً عليه مصحوب بعلم وصول، ولمن خالف من هؤلاء حق المعارضة أمام المحكمة خلال ستين يومًا من وقت الإخطار.

2- وللمحكمة، إذا وافقت علىٰ قرار الأغلبية أن تقرر مع هذا ما تراه مناسبًا من التدابير، ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء تأمينًا يضمن الوفاء بما قد يستحق من التعويضات.

هذه المادة تقابل المادة (829) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- للشركاء الذين يملكون علىٰ الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع - أن يقرروا في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغيرات الأساسية والتعديل في الغرض الذي أعد له ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة، علىٰ أن يعلنوا قراراتهم إلىٰ باقي الشركاء، ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلىٰ المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان.

2- وللمحكمة عند الرجوع إليها، إذا وافقت علىٰ قرار تلك الأغلبية - أن تقرر مع هذا ما تراه مناسبًا من التدابير، ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن البقاء بما قد يستحق من التعويضات».

وقد أدخلت على هذه المادة التعديلات الآتية.

1- أدخلت علىٰ الفقرة الأولىٰ تعديلات لفظية علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة.

2- استبدلت في الفقرة الأولىٰ عبارة: «علىٰ أن يخطروا باقي الشركاء بذلك القرار بكتاب موصىٰ عليه مصحوب بعلم وصول» بعبارة: «علىٰ أن يعلنوا قراراتهم إلىٰ باقي الشركاء».

وقد جعل إخطار الأقلية بقرار الأغلبية علىٰ هذا النحو؛ لتلافي صعوبة الإثبات حين يتم الإخطار بكتاب غير مسجل أو يكون شفويًا، فالنص الحالي لم يعين طريقة خاصة للإعلان، فيصح أن يكون علىٰ يد محضر، كما يصح أن يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل، بل يصح أن يكون شفويًا. أما بمقتضىٰ النص المقترح - إذا لم يتم الإخطار علىٰ يد محضر - وجب أن يكون بكتاب مسجل مصحوب بعلم وصول.

3- استبدلت في الفقرة الأولىٰ عبارة: «خلال ستين يومًا من وقت الإخطار» بعبارة: «خلال شهرين من وقت الإعلان».

4- **استبدلت في الفقرة الثانية كلمة:** «تأمينًا» بكلمة: «كفالة»؛ وذلك توخيًا للدقة في التعبير.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م1197) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج6/ ص88).

والمادة المقترحة تقابل المادة (1065) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (1025) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (824) من التقنين الكويتي.

وفي الفقه الإسلامي: انظر النصوص الشرعية التي تقدم ذكرها تحت المادة السابقة: المواد (1071و1073و1075و1077و1079) من المجلة.

مادة (833):

1- لكل شريك الحق في المطالبة بإزالة ما أقامه أحد الشركاء من منشآت علىٰ الشيء الشائع، وذلك خلال سنة من اليوم الذي يعلم فيه بإقامتها.

2- وللشركاء الذين يملكون علىٰ الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع - أن يقرروا بقاء هذه المنشآت مقابل مساهمة جميع الشركاء في نفقاتها بنسبة حصة كل منهم في المال

الشائع، علىٰ أن يخطروا باقي الشركاء بذلك القرار بكتاب موصىٰ عليه مصحوب بعلم وصول، ولمن خالف من هؤلاء حق المعارضة أمام المحكمة خلال ستين يومًا من وقت الإخطار، وللمحكمة أن تقرر ما تراه مناسبًا.

هذه المادة مستحدثة. وهي تقرر حكمًا يأخذ به جمهور الفقهاء، فهي تتناول حكم المنشآت التي يقيمها أحد الشركاء علىٰ الشيء الشائع، حيث يعتبر ذلك من أعمال الإدارة غير المعتادة، ومن ثم فإن هذا العمل يقتضي موافقة الشركاء أصحاب ثلاثة أرباع المال الشائع، فإذا أقيمت هذه المنشآت دون الحصول علىٰ موافقة الأغلبية المطلوبة - جاز لأي شريك أن يطلب إزالتها مع تعويض سائر الشركاء عما عسىٰ أن تكون هذه المنشآت قد ألحقت بالشيء الشائع من ضرر. أما إذا وافقت الأغلبية المقررة علىٰ المنشآت قبل إقامتها، أو أقرتها بعد إقامتها - فإن جميع الشركاء يسهمون في نفقات المنشآت بنسبة حصة كل منهم في المال الشائع؛ إذ لا يعتبر الشريك مقيمًا للمنشآت في ملك الغير، وتصبح المنشآت ملكًا شائعًا بين الشركاء جميعًا، إنما يجب علىٰ الشركاء أصحاب هذه الأغلبية أن يخطروا باقي الشركاء بقرارهم بكتاب موصىٰ عليه مصحوب بعلم وصول، ولأقلية الشركاء حق المعارضة أمام المحكمة خلال ستين يومًا من وقت الإخطار، وللمحكمة أن تقرر ما تراه مناسبًا.

وفي الفقه الإسلامي: نصت المادة (1071) من المجلة علىٰ ما يأتي: «يجوز لأحد أصحاب الحصص التصرف مستقبلًا في الملك المشترك بإذن الآخر، لكن لا يجوز له أن يتصرف تصرفًا مضرًّا بالشريك».

مادة (834): لكل شريك في الشيوع حق القيام بأعمال الحفظ، دون حاجة إلىٰ موافقة باقي الشركاء، ويعتبر في قيامه بهذه الأعمال نائبًا عن الباقين.

هذه المادة تقابل المادة (830) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «لكل شريك في الشيوع الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء، ولو كان ذلك بغير موافقة باقي الشركاء».

وقد أدخل على هذه المادة التعديلات الآتية:

1- استبدلت عبارة: «حق القيام بأعمال الحفظ» بعبارة: «الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء»؛ إذ إن تعبير: «أعمال الحفظ» أدق من تعبير: «الوسائل اللازمة لحفظ الشيء» الذي تضمنته المادة الحالية.

2- استبدلت عبارة: «دون حاجة إلىٰ موافقة باقي الشركاء بعبارة: «ولو كان ذلك بغير موافقة باقي الشركاء».

3- أضيف إلىٰ النص ما يفيد اعتبار الشريك في قيامه بأعمال الحفظ نائبًا عن الباقين. والنيابة هنا نيابة قانونية، ومن ثم فإنها تتسع سواء للتصرفات القانونية أو للأعمال المادية.

قارن ما جاء في المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م1198) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج6/ ص95).

والمادة المقترحة تقابل المادة (1066) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (1036) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (825) من التقنين الكويتي.

وفي الفقه الإسلامي: نصت المادة (1309) من المجلة علىٰ ما يأتي:

«إذا عمر أحد الشريكين الملك المشترك بإذن الآخر، وصرف من ماله قدرًا معروفًا - فله الرجوع بحصة شريكه، يعني: يأخذ من شريكه مقدار ما أصاب حصته من المصرف». ونصت المادة (1310) علىٰ ما يأتي: «إذا احتاج الملك المشترك إلىٰ التعمير وأحد الشريكين غائب، وأراد الآخر التعمير - فإنه يستأذن الحاكم، ويصير إذن الحاكم قائمًا مقام إذن الغائب صاحب الحصة...».

ونصت المادة (1311) **علىٰ ما يأتي**: «إذا عمر شخص الملك المشترك بدون إذن من الشريك أو من الحاكم - فيكون متبرعًا...».

ونصت المادة (1312) **علىٰ ما يأتي**: «إذا طلب شخص تعمير الملك المشترك القابل للقسمة، وكان شريكه ممتنعًا، وعمره بدون إذن - فيكون متبرعًا...».

ونصت المادة (1313) **علىٰ ما يأتي**: «الملك المشترك الذي هو غير قابل للقسمة

كالطاحون والحمام إذا احتاج إلىٰ العمارة، وطلب أحد الشريكين تعميره وامتنع الآخر، فيصرف عليه قدرًا معروفًا بإذن الحاكم ويعمره، ويكون مقدار ما أصاب حصة شريكه من المصاريف التعميرية دينًا له عليه...».

انظر أيضًا في هذا المعنىٰ المواد (748-751) من مرشد الحيران.

مادة (835): يتحمل جميع الشركاء - كل بقدر حصته - نفقات إدارة المال الشائع وحفظه والضرائب المفروضة عليه وسائر التكاليف الناتجة عن الشيوع أو المقررة علىٰ المال، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك.

هذه المادة تتفق مع المادة (831) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «نفقات إدارة المال الشائع وحفظه والضرائب المفروضة عليه وسائر التكاليف الناتجة عن الشيوع أو المقررة علىٰ المال - يتحملها جميع الشركاء، كل بقدر حصته، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك».

وقد أدخلت علىٰ هذه المادة تعديلات لفظية علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة، كما أضيفت في العبارة الأخيرة منها كلمة: «اتفاق»؛ إذ إن ما يخالف القاعدة المذكورة في المادة قد يكون بمقتضىٰ اتفاق أو نص.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م1199) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج6/ ص95).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (1067) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (1037) من التقنين الأردني.

وتتفق مع المادة (826) من التقنين الكويتي.

وتتفق مع أحكام الفقه الإسلامي، فقد نصت المادة (1308) من المجلة علىٰ ما يأتي: «الملك المشترك متىٰ احتاج إلىٰ التعمير والترميم يعمره أصحابه بالاشتراك علىٰ مقدار حصصهم».

ونصت المادة (747) من مرشد الحيران علىٰ ما يأتي: «إذا احتاج الملك المشترك إلىٰ مرمة أو عمارة يعمره أصحابه بالاشتراك علىٰ قدر حصصهم».

(2) التصرف في المال الشائع:

مادة (836): للشركاء مجتمعين حق التصرف في المال الشائع كله أو في جزء مفرز منه، ويبقىٰ هذا التصرف نافذًا، أيًّا كانت النتيجة التي تترتب علىٰ قسمة المال الشائع فيما بعد، أو علىٰ بيعه لعدم إمكان قسمته.

هذه المادة مستحدثة، وهي تطبيق للأصل الذي نصت عليه المادة (826) من المشروع.

ويعتبر تطبيقًا لها ما نصت عليه المادة (1039/ 1) من التقنين الحالي التي تقول: «يبقىٰ نافذًا الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع، أيًّا كانت النتيجة التي تترتب علىٰ قسمة العقار فيما بعد، أو علىٰ بيعه لعدم إمكان قسمته».

فإذا اجتمع الشركاء علىٰ التصرف في المال الشائع، فهذا حقهم، ويكون تصرفهم صحيحًا ونافذًا بالنسبة إليهم جميعًا، وذلك سواء كان التصرف بنقل ملكية المال الشائع كله أو جزء مفرز منه، أو كان بتقرير حق عيني آخر عليه كله، أو علىٰ جزء مفرز منه، وسواء كان الحق الذي اتفق الشركاء علىٰ تقريره للغير حقًّا عينيًّا أصليًّا أو حقًّا عينيًّا تبعيًّا.

فإذا وقعت القسمة، وكان التصرف الصادر من جميع الشركاء تصرفًا ناقلًا للملكية - خرج الجزء الذي حصل التصرف فيه من نطاق القسمة؛ لأن هذا الجزء لم يعد مملوكًا للشركاء، فإذا كان المال الشائع أرضًا مشتركة بين اثنين وباعها الشريكان معًا - فإن هذا البيع - إذا سجل - ينقل ملكية الأرض إلىٰ المشتري، ولا يكون لقسمة الأموال الشائعة الأخرىٰ بين الشريكين أثر في ذلك.

كذلك إذا كان التصرف الصادر من جميع الشركاء مرتبًا للغير حقًّا عينيًّا غير الملكية، كحق انتفاع أو حق رهن - فإن هذا الحق يبقىٰ نافذًا بالنسبة إلىٰ الشركاء جميعًا، فإذا كان المال الشائع أرضًا ودارًا مشتركين بين اثنين، ورهن الشريكان معًا الأرض الشائعة، واقتسما بعد ذلك الأرض والدار، فوقعت الأرض في نصيب أحدهما - فإنها تبقىٰ مثقلة بالرهن. وإذا كان المال الشائع أرضًا مشتركة بين اثنين بالتساوي،

ورهن الشريكان معًا جزءًا مفرزًا يعادل نصفها، واقتسما بعد ذلك الأرض، فوقع الجزء المفرز المرهون في نصيب أحدهما - فإن هذا الجزء يبقىٰ أيضًا مثقلًا بالرهن.

وهذا كله تطبيقًا للأصل الذي ذكره في المادة (826) من المشروع، فالتصرف الذي يصدر من جميع الشركاء إنما يصدر ممن يملكون إبرامه، وليس من المعقول أن يتأثر مثل هذا التصرف بما تسفر عنه القسمة من نتائج؛ لأنه لا يتضمن مساسًا بحق أي شريك، ولا وجه لأن نفرق في الحكم بين تصرف ناقل للملكية، وتصرف منشئ لحق عيني آخر - كما يرىٰ البعض - ما دام أن الشركاء جميعًا قد ارتضوا هذا التصرف.

ويتفق حكم المادة المقترحة مع أحكام الفقه الإسلامي، فقد نصت المادة (1069) من المجلة علىٰ ما يأتي: «كيفما يتصرف صاحب الملك المستقل في ملكه يتصرف أيضًا في الملك المشترك أصحابه بالاتفاق كذلك».

مادة (837):

1- للشركاء الذين يملكون علىٰ الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع - أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا في ذلك إلىٰ أسباب قوية، علىٰ أن يخطروا باقي الشركاء بذلك القرار بكتاب موصىٰ عليه مصحوب بعلم وصول، ولمن خالف من هؤلاء حق المعارضة أمام المحكمة خلال ستين يومًا من وقت الإخطار.

2- وللمحكمة أن تأمر بقسمة المال الشائع عينًا إذا طلب ذلك أحد الشركاء، وتبين لها أن القسمة لا تضر بمصالح الشركاء، فإذا تبين لها أن القسمة ضارة بمصالح هؤلاء، كان لها أن تقرر تبعًا للظروف ما إذا كان التصرف واجبًا.

هذه المادة تقابل المادة (832) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «للشركاء الذين يملكون علىٰ الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع - أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا في ذلك إلىٰ أسباب قوية، علىٰ أن يعلنوا قراراتهم إلىٰ باقي الشركاء، ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلىٰ المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان، وللمحكمة - عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء - أن تقرر تبعًا للظروف ما إذا كان التصرف واجبًا».

انظر المادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م1200)، ومذكرتها الإيضاحية في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج6/ ص95).

وقد أدخلت على هذه المادة التعديلات الآتية:

1- أدخلت تعديلات لفظية علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة.

2- **استبدلت عبارة:** «علىٰ أن يخطروا باقي الشركاء بذلك القرار بكتاب موصىٰ عليه مصحوب بعلم وصول» بعبارة: «علىٰ أن يعلنوا قراراتهم إلىٰ باقي الشركاء».

وقد جعل إخطار الأقلية بقرار الأغلبية علىٰ هذا النحو؛ لتلافي صعوبة الإثبات حين يتم الإخطار بكتاب غير مسجل أو يكون شفويًّا؛ فالنص الحالي لم يعين طريقة خاصة للإعلان، فيصح أن يكون علىٰ يد محضر، كما يصح أن يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل، بل يصح أن يكون شفويًّا، أما بمقتضىٰ النص المقترح، فإذا لم يتم الإخطار علىٰ يد محضر، وجب أن يكون بكتاب مسجل مصحوب بعلم وصول.

3- استبدلت عبارة: «خلال ستين يومًا من وقت الإخطار» بعبارة: «خلال شهرين من وقت الإعلان».

4- أفردت فقرة ثانية لبيان سلطة المحكمة في هذا الخصوص.

وهذه السلطة محل خلاف في الفقه؛ نتيجةً للاختلاف في فهم مدلول النص، حيث ذهب فريق إلىٰ أن للمحكمة أن تأمر بالقسمة العينية إذا رأت أنها لا تضر بمصالح الشركاء، ولو من تلقاء نفسها، دون أن يطلبها أحد من الشركاء. بينما ذهب فريق آخر إلىٰ أن المحكمة لا تقضي من تلقاء نفسها بالقسمة العينية، بل يجب أن يطلب القسمة أحد الشركاء.

ولهذا صيغت هذه الفقرة علىٰ نحو من الوضوح بحيث لا يترك مجالًا لمثل هذا الخلاف.

فبمقتضىٰ المادة المقترحة تكون سلطة المحكمة رهينة بالموقف الذي تتخذه الأقلية.

فإذا طلبت الأقلية إلغاء القرار الذي اتخذته الأغلبية، ولم تطلب القسمة - انحصر عمل المحكمة في تقدير ما إذا كان التصرف يستند إلىٰ أسباب قوية تبرره، فيكون للمحكمة تبعًا للظروف أن تلغي قرار الأغلبية، أو تقرها علىٰ رأيها.

أما إذا طلبت الأقلية القسمة، فإن المحكمة تنظر أولًا فيما إذا كانت القسمة ضارة أو غير ضارة، فإذا قدرت أن القسمة لا تضر بمصلحة الشركاء أمرت بالقسمة، وإذا تبينت أن القسمة تضر بمصلحة الشركاء، كان عليها أن تنظر فيما إذا كانت هناك أسباب قوية تدعو إلىٰ التصرف، فإذا قدرت أن التصرف واجب وافقت علىٰ قرار الأغلبية، وإذا لم تجده كذلك أمرت بإلغاء القرار، ولا يكون التصرف ممكنًا بعد ذلك إلا بإجماع الشركاء.

والمادة المقترحة تقابل المادة (827) من التقنين الكويتي.

وفي الفقه الإسلامي: لا يجوز للأغلبية - مهما بلغت - التصرف في المال الشائع، فقد نصت المادة (1075) من المجلة علىٰ ما يأتي: «كل واحد من الشركاء في شركة الملك أجنبي في حصة الآخر، ليس واحد وكيلًا عن الآخر، فلا يجوز تصرف أحدهما في حصة الآخر بدون إذنه...».

ونصت المادة (633) من مرشد الحيران علىٰ ما يأتي: «كل واحد من الشركاء كالأجنبي في الامتناع عن تصرف مضر في حصة شريكه، فليس له أن يتصرف فيها تصرفًا مضرًّا بأي وجه كان من غير رضاء، ولا أن يجبر شريكه علىٰ بيع حصته له أو لغيره».

مادة (838):

1- للشريك الحق في التصرف في حصته الشائعة.

2- وإذا انصب تصرف الشريك علىٰ جزء مفرز من المال الشائع - كان تصرفه موقوفًا علىٰ إجازة الشركاء الآخرين، وللمتصرف إليه - إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة - الحق في طلب إبطال التصرف.

هذه المادة تقابل المادة (826) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكًا تامًّا، وله أن يتصرف فيها، وأن يستولي علىٰ ثمارها، وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء.

2- وإذا كان التصرف منصبًّا علىٰ جزء مفرز من المال الشائع، ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف - انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلىٰ

الجزء الذي آل إلىٰ المتصرف بطريق القسمة؛ وللمتصرف إليه - إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة - الحق في إبطال التصرف».

انظر المادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م1194) ومذكرتها الإيضاحية؛ والمراحل التي مرت بها في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج6 / ص80-82).

والفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة تتفق مع ما جاء في الفقرة الأولىٰ من المادة (826) من التقنين الحالي؛ حيث تنص هذه الأخيرة علىٰ أن للشريك أن يتصرف في حصته الشائعة.

وفي الفقرة الثانية من المادة المقترحة أخذ المشروع بحكم يخالف ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (826) من التقنين الحالي.

فإذا تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع، فإنه يكون قد تصرف فيما يملك وما لا يملك. وهذا هو الذي يتفق مع القواعد العامة في الشيوع؛ لأن حق الشريك لا يتركز في الجزء المعين الذي تصرف فيه، وإنما ترد علىٰ هذا الجزء أيضًا حقوق الشركاء الآخرين، فيكون الشريك قد تصرف في ملك غيره بقدر ما لهؤلاء الشركاء من حقوق في هذا الجزء، وبذلك ينطوي تصرف الشريك علىٰ تصرف في ملك الغير، فيكون موقوفًا علىٰ إجازة الشركاء الآخرين، فإذا أجازوه صار نافذًا، وإذا نقضوه بطل. ويجوز للمتصرف إليه، قبل أن يعلن الشركاء الآخرون موقفهم، أن يطلب إبطال التصرف علىٰ أساس الغلط إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة.

وإذا أجريت القسمة، قبل أن يعلن الشركاء الآخرون موقفهم، فوقع الجزء المتصرف فيه في نصيب الشريك المتصرف، صار التصرف نافذًا واستقر الأمر للمتصرف إليه.

أما إذا لم يقع الجزء المتصرف فيه في نصيب الشريك المتصرف، فإن التصرف يصير موقوفًا علىٰ إجازة الشريك الذي وقع هذا الجزء في نصيبه، ويجوز للمتصرف إليه في هذه الحالة أيضًا أن يطلب إبطال التصرف علىٰ أساس الغلط إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة، كما يجوز له أن يطلب فسخ التصرف

علىٰ أساس أن المتصرف لم يفِ بالتزامه، وهذه الأحكام تصدق علىٰ كل تصرف يبرمه الشريك في جزء مفرز من المال الشائع، سواء كان هذا التصرف ناقلًا للملكية كالبيع والهبة أو مرتبًا لحق عيني غير الملكية كحق الانتفاع، وذلك فيما عدا الرهن، فله حكم آخر.

والمادة المقترحة تقابل المادتين (1061/ 2 و1062/ 2) من التقنين العراقي، وهذه الأخيرة تطابق المادة (1194/ 2) من المشروع التمهيدي للتقنين المصري الحالي.

وتقابل المادة (829) من التقنين الكويتي التي تتفق مع المادة (1194/ 2) من المشروع التمهيدي للتقنين المصري الحالي.

ويتفق حكم الفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة مع أحكام الفقه الإسلامي، فقد نصت المادة (214) من المجلة علىٰ ما يأتي: «بيع حصة شائعة معلومة كالثلث والنصف والعشر من عقار مملوك قبل الإفراز - صحيح».

ونصت المادة (215) علىٰ ما يأتي: «يصح بيع الحصة المعلومة الشائعة بدون إذن الشريك».

ونصت المادة (12) من مرشد الحيران علىٰ ما يأتي: «إذا كانت العين مشتركة بين اثنين أو أكثر، فلكل واحد من الشركاء حق الانتفاع بحصته والتصرف فيها تصرفًا لا يضر بالشريك، وله استغلالها وبيعها مشاعة حيث كانت معلومة القدر بغير إذن الشريك.

ونصت المادة (732) علىٰ ما يأتي: «لكل واحد من الشركاء في الملك أن يتصرف في حصته كيف شاء بدون إذن شريكه بجميع التصرفات التي لا يترتب عليها ضرر لشريكه، فله بيع حصته ولو من غير شريكه بلا إذن إلا في صورة الخلط أو الاختلاط فإنه لا يجوز البيع من غير شريكه بلا إذنه، وليس له أن يتصرف في حصته تصرفًا مضرًّا بدون إذن شريكه».

ونصت المادة (734) علىٰ ما يأتي: «يجوز لأحد الشريكين بيع حصته مشاعة من العقار المشترك وغيره لشريكه ولغير شريكه بلا إذنه، ما لم يترتب علىٰ ذلك ضرر

للشريك».

وفيما يتعلق بالفقرة الثانية من المادة المقترحة نصت المادة (1071) من المجلة علىٰ ما يأتي: «يجوز لأحد أصحاب الحصص التصرف مستقلًّا في الملك المشترك بإذن الآخر، لكن لا يجوز له أن يتصرف تصرفًا مضرًّا بالشريك».

ونصت المادة (733) من مرشد الحيران علىٰ ما يأتي: «كل واحد من الشركاء كالأجنبي في الامتناع عن تصرف مضر في حصة شريكه، فليس له أن يتصرف فيها تصرفًا مضرًّا بأي وجه كان من غير رضاه، ولا أن يجبر شريكه علىٰ بيع حصته له أو لغيره».

ونصت المادة (735) علىٰ ما يأتي: «بيع ما فيه ضرر علىٰ الشريك غير جائز...».

(3) قسمة المال الشائع:

مادة (839): 1- لكل شريك أن يطلب قسمة المال الشائع، ما لم يكن ملزمًا بالبقاء في الشيوع بمقتضىٰ نص أو شرط، ولا يجوز بمقتضىٰ الشرط الإلزام بالبقاء في الشيوع إلىٰ أجل يجاوز خمس سنين، فإذا كان الأجل لا يجاوز هذه المدة نفذ الشرط في حق الشريك ومن يخلفه. 2- ومع ذلك فللمحكمة - بناءً علىٰ طلب أحد الشركاء - أن تأمر باستمرار الشيوع إلىٰ أجل تحدده أو بالاستمرار فيه إلىٰ أجل لاحق للأجل المشروط، وذلك متىٰ كانت القسمة العاجلة ضارة بمصالح الشركاء، كما لها أن تأمر بالقسمة قبل انقضاء الأجل المشروط إذا وجد سبب قوي يبرر ذلك.

الفقرة الأولىٰ من هذه المادة تقابل المادة (834) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبرًا علىٰ البقاء في الشيوع بمقتضىٰ نص أو اتفاق، ولا يجوز بمقتضىٰ الاتفاق أن تمنع القسمة إلىٰ أجل يجاوز خمس سنين، فإذا كان الأجل لا يجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق في حق الشريك وفي حق من يخلفه».

وقد أدخلت علىٰ هذا النص تعديلات لفظية علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة،

كما استبدلت كلمة: «الشرط» بكلمة: «الاتفاق»؛ وذلك لكي يشمل الحكم الاتفاق والوصية؛ إذ إن إلزام الشريك بالبقاء في الشيوع إلىٰ أجل معين، قد يكون بمقتضىٰ شرط يتفق عليه، أو بمقتضىٰ شرط يرد في وصية. وقد وردت كلمة: «الشرط» في نص المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م1302/ 1).

والفقرة الثانية من المادة المقترحة تقابل الفقرة الثانية من المادة (1202) من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «ومع هذا فللمحكمة - بناءً علىٰ طلب أحد الشركاء - أن تأمر باستمرار الشيوع، حتىٰ إلىٰ ما بعد الأجل المتفق عليه، وحتىٰ لو لم يوجد أي اتفاق علىٰ البقاء في الشيوع، وذلك متىٰ كانت القسمة العاجلة ضارة بمصالح الشركاء، كما لها أن تأمر بالقسمة في الحال، حتىٰ قبل انقضاء الأجل المتفق عليه، إذا وجد سبب أقوىٰ يبرر ذلك».

وقد أدخلت على هذا النص التعديلات الآتية:

1- أدخلت عليه تعديلات لفظية علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة.

2- عدل حكمه بحيث يتفق مع حكم الفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة، وذلك فيما يتعلق بشرط البقاء في الشيوع سواء ورد الشرط في اتفاق أو في وصية.

3- نص فيه علىٰ أن يكون الحكم باستمرار الشيوع إلىٰ أجل يحدده القاضي.

وهذا التعديل مهم، حرص المشروع فيه علىٰ ضبط حدود السلطة المخولة للقاضي في هذا الصدد، وذلك لضمان التوازن بين مصلحة الشركاء من جهة، ومصلحة الشريك طالب القسمة من جهة أخرىٰ.

فبمقتضىٰ الفقرة الثانية من المادة المقترحة يستطيع القاضي، بناءً علىٰ طلب أحد الشركاء، أن يأمر باستمرار القسمة، سواء كان هناك أجل مشروط للبقاء في الشيوع، أو لم يكن هناك أجل، وذلك حفاظًا علىٰ مصالح الشركاء إذا تبين له أن القسمة ضارة بمصالحهم، كما أن له من ناحية أخرىٰ أن يأمر بالقسمة قبل انقضاء الأجل المشروط حفاظًا علىٰ مصلحة الشريك طالب القسمة إذا وجد سبب قوي يبرر ذلك.

غير أن السلطة المخولة للقاضي في الأمر باستمرار القسمة في الحالتين المذكورتين لها حدودها؛ مراعاة لمصلحة الشريك طالب القسمة، حيث يتعين أن يحدد القاضي

أجلًا للاستمرار في البقاء في الشيوع.

وذلك لكي يكون طالب القسمة علىٰ بينة من الفترة الزمنية التي يمتنع عليه طلب القسمة خلالها، الأمر الذي يكفل الاستقرار في المعاملات.

انظر وقارن المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م1202) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج6/ ص101).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (830) من التقنين الكويتي.

والفقرة الأولىٰ منها تتفق مع المادة (1070) من التقنين العراقي.

بل إن هذه الأحكام تتفق مع المبادئ العامة التي تحكم الشيوع وليس في أحكام الفقه الإسلامي ما ينافي أحكام المادة المقترحة إذ هي أحكام يراد بها أن يكون استغلال المال علىٰ الوجه الأمثل، وهو ما يتحقق بثبوت حق طلب القسمة للشريك إنهاءً للشيوع؛ إذ لا شك في أن استقلال الفرد باستغلال ملكه يرجح علىٰ الاستغلال الجماعي للشركاء ويكون حافزًا قويًّا علىٰ العمل المنتج، كما يراد بها من ناحية أخرىٰ المحافظة علىٰ مصالح الشركاء.

مادة (840): للشركاء أن يتفقوا جميعًا علىٰ قسمة المال الشائع بالطريقة التي يرونها، فإذا كان بينهم غائب أو من لم تتوافر فيه الأهلية، وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون.

هذه المادة تقابل المادة (835) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «للشركاء - إذا انعقد إجماعهم - أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها، فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية، وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون».

وقد أدخلت على هذه المادة التعديلات الآتية:

1- عدلت تعديلًا لفظيًّا علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة.

2- أضيف الغائب فيما يتعلق بالقيد الوارد علىٰ القاعدة المقررة في صدر المادة من حيث وجوب مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون؛ إذ إن هذه الإجراءات - وهي تلك التي يفرضها قانون الولاية علىٰ المال عند قسمة مال من لا تتوافر فيه الأهلية -

يجب أن تراعىٰ أيضًا عند قسمة مال الغائب.

3- استبدلت عبارة: «من لا تتوافر فيه الأهلية» بعبارة: «من هو ناقص الأهلية»؛ لأن العبارة الأولىٰ أدق؛ حيث تشمل عديم الأهلية وناقص الأهلية.

والمادة المقترحة تقابل المادة (1071/ 1) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (1041/ 1) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (831) من التقنين الكويتي.

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (1121) من المجلة على ما يأتي:

«قسمة الرضا هي القسمة التي تجري بين المتقاسمين في الملك المشترك بالتراضي أو برضا الكل عند التقاضي».

ونصت المادة (1128) علىٰ ما يأتي: «يشترط في قسمة التراضي رضا كل واحد من المتقاسمين، بناءً عليه إذا غاب أحدهم فلا تصح قسمة الرضا، وإذا كان في جملتهم صغير فوليّه أو وصيّه قائم مقامه، وإن لم يكن للصغير ولي ولا وصي، كان موقوفًا علىٰ أمر الحاكم، فينصب وصي من طرف الحاكم، وتعتبر القسمة بمعرفته».

مادة (841):

1- إذا تمت القسمة ولحق أحد المتقاسمين منها غبن يزيد علىٰ الخمس - كان عقد القسمة موقوفًا علىٰ إجازته، وتكون العبرة في تقدير الغبن بقيمة المقسوم وقت القسمة.

2- ولا تسمع دعوىٰ إبطال القسمة بعد مضي سنة من وقت القسمة.

3- وللمدعىٰ عليه أن يتفادىٰ الإبطال إذا أكمل المدعي نقدًا أو عينًا ما نقص من نصيبه.

هذه المادة تقابل المادة (845) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد علىٰ الخمس، علىٰ أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة.

2- ويجب أن ترفع الدعوىٰ خلال السنة التالية للقسمة، وللمدعىٰ عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد، إذا أكمل للمدعي نقدًا أو عينًا ما نقص من حصته».

وبمقتضىٰ الفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة يكون عقد القسمة موقوفًا علىٰ إجازة المتقاسم الذي لحقه من القسمة غبن يزيد علىٰ خمس نصيبه، ويكون تقدير الغبن بحسب قيمة المقسوم وقت القسمة، فإذا تحقق الغبن بهذا القدر، كان للمتقاسم المغبون الحق في أن يطلب إبطال القسمة التي تمت وإجراء القسمة من جديد، وتكون مدة دعوىٰ الإبطال هذه سنة من وقت القسمة، فبعد مضي هذه السنة لا تسمع الدعوىٰ، وللمدعىٰ عليه أن يحول دون إبطال القسمة إذا أكمل للمدعي - نقدًا أو عينًا - ما نقص من نصيبه، فليس يكفي أن يقدم ما يكمل أربعة أخماس هذا النصيب.

والمادة المقترحة تقابل المادة (832) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادتين (1050و1051) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (1077) من التقنين العراقي.

وتتفق أحكام المادة المقترحة في المجلة مع أحكام الفقه الإسلامي، فقد نصت المادة (1127) من المجلة علىٰ ما يأتي: «كون القسمة عادلة - يعني: تعديل الحصص بحسب الاستحقاق وعدم نقصانها فاحشًا - لازم، فدعوىٰ الغبن الفاحش في القسمة تسمع، لكن بعد إقرار المقسوم لهم باستيفاء الحق إذا ادعوا الغبن لا تسمع دعواهم».

ونصت المادة (1160) علىٰ ما يأتي: «إذا تبين الغبن الفاحش في القسمة فتفسخ وتقسم تكرارًا قسمة عادلة».

والغبن الفاحش غبن علىٰ قدر نصف العشر في العروض، والعشر في الحيوانات، والخمس في العقارات أو زيادة (م165من المجلة).

وما تقضي به الفقرة الثانية من المادة المقترحة من عدم سماع الدعوىٰ بعد مضي سنة من وقت القسمة - لوحظ فيه قاعدة تخصيص القضاء والمنع من سماع الدعوىٰ؛ رعايةً للمصلحة كما هو مقتضىٰ المادتين المذكورتين.

مادة (842):

1- إذا لم يجمع الشركاء علىٰ القسمة، كان لأي شريك أن يرفع دعوىٰ القسمة أمام المحكمة الجزئية.

2- وللمحكمة أن تندب خبيرًا أو أكثر لتقويم المال الشائع، وقسمته حصصًا إن كان المال يقبل القسمة عينًا دون أن يلحقه نقص كبير في قيمته.

هذه المادة تتفق مع المادة (836) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع، فعلىٰ من يريد الخروج من الشيوع أن يكلف باقي الشركاء الحضور أمام المحكمة الجزئية.

2- وتندب المحكمة - إن رأت وجهًا لذلك - خبيرًا أو أكثر لتقويم المال الشائع، وقسمته حصصًا إن كان المال يقبل القسمة عينًا دون أن يلحقه نقص كبير في قيمته».

وقد أدخلت علىٰ هذه المادة تعديلات لفظية علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م1204) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج6/ ص119).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (833) من التقنين الكويتي.

وتتفق مع المواد (1040و1042و1043) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (1072) من التقنين العراقي.

وتتفق المادة المقترحة مع أحكام الفقه الإسلامي، فقد نصت المادة (1122) من المجلة علىٰ ما يأتي: «قسمة القضاء هي تقسيم القاضي الملك المشترك جبرًا وحكمًا بطلب بعض المقسوم لهم».

ونصت المادة (1129) علىٰ ما يأتي: «الطلب في قسمة القضاء شرط، فلا تصح القسمة جبرًا من الحاكم إلا بطلب أحد أصحاب الحصص».

ونصت المادة (1130) علىٰ ما يأتي: «إذا طلب أحد أصحاب الحصص القسمة وامتنع الآخر - فإن كان المال المشترك قابلًا للقسمة بقسمة الحاكم جبرًا، وإلا فلا يقسمه».

ونصت المادة (1131) علىٰ ما يأتي: «قابل القسمة هو المال المشترك الصالح للتقسيم بحيث لا تفوت المنفعة المقصودة من ذلك المال بالقسمة».

مادة (843):

1- تكون الأنصبة علىٰ أساس أصغر حصة، ولو كانت القسمة جزئية. فإذا تعذرت القسمة علىٰ هذا الأساس، أو اتفق الشركاء جميعًا علىٰ التجنيب - وجب أن يجنب لكل شريك نصيبه.

2- وإذا تعذر أن يختص أحد الشركاء بكامل نصيبه عينًا - عوض بمعدل عما نقص من نصيبه، يدفعه من حصل علىٰ نصيب أكبر من حصته.

هذه المادة تقابل المادة (827) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- يكون الخبير الحصص علىٰ أساس أصغر نصيب حتىٰ لو كانت القسمة جزئية، فإن تعذرت القسمة علىٰ هذا الأساس جاز للخبير أن يجنب لكل شريك حصته.

2- وإذا تعذر أن يختص أحد الشركاء بكامل نصيبه عينًا، عوض بمعدل عما نقص من نصيبه».

وقد أدخلت علىٰ هذه المادة تعديلات لفظية من شأنها توضيح الحكم، كما أضيف في الفقرة الأولىٰ إلىٰ الحالة التي يتم فيها التجنيب عند تعذر القسمة علىٰ أساس أصغر حصة - حالة أخرىٰ: هي أن يتفق الشركاء جميعًا علىٰ التجنيب؛ إذ في كلتا هاتين الحالتين يجري التجنيب.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م1205) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج6/ ص119و120).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (834) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (1072/ 2 و 3 و 4) من التقنين العراقي.

ويسهب الفقه الإسلامي في بيان طريقة القسمة القضائية؛ حيث يفرق بين قسمة الجمع وقسمة التفريق؛ **فقسمة الجمع**: تجري في الأعيان المشتركة المتحدة الجنس (م1132 مجلة)، سواء كانت من المثليات، كالحنطة أو سبيكة من الذهب أو قطعة من الحديد (م 1133مجلة)، أو القيميات كمائة شاة أو مائة جمل أو مائة بقرة (م1134مجلة)، فإن اختلفت في الجنس، فلا تجوز القسمة القضائية، وإنما يجوز القسمة بالتراضي (م1135مجلة).

وقسمة التفريق: تجري في العين المشتركة، إذا لم يكن تبعيضها مضرًّا بأحد الشركاء، بمعنىٰ: ألا تفوت المنفعة المقصودة منها، كتقسيم قطعة أرض أو تقسيم دار إلىٰ دارين (م1139 مجلة)، أو كان تبعيضها مضرًّا بأحد الشركاء، ولكن حصته فيها قليلة (م1140)، أما إذا كان تبعيضها مضرًّا بكل الشركاء كالطاحونة والحمام والبئر والحائط بين الدارين والحيوان، فلا تجوز القسمة القضائية، وإنما تجوز القسمة بالتراضي (م1141 مجلة).

كذلك يجيز الفقه الإسلامي القسمة بمعدل، فقد نصت المادة (1149) من المجلة علىٰ ما يأتي: «إذا كان في تقسيم الدار أبنية إحدىٰ الحصتين أغلىٰ ثمنًا من الحصة الأخرىٰ - فإن أمكن تعديلها بإعطاء مقدار من العرصة فيها، وإلا فتعدل بالنقود».

مادة (844):

1- تفصل المحكمة الجزئية في المنازعات التي تتعلق بتكوين الأنصبة، وفي كل المنازعات الأخرىٰ التي تدخل في اختصاصها.

2- فإذا قامت منازعات لا تدخل في اختصاص تلك المحكمة - كان عليها أن تحيل الخصوم إلىٰ المحكمة الابتدائية، وأن تعين لهم الجلسة التي يحضرون فيها، وتقف دعوىٰ القسمة إلىٰ أن يفصل نهائيًّا في تلك المنازعات.

هذه المادة تطابق المادة (838) من التقنين الحالي.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م1026) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج6/ ص120) وما تعرض له المادة المقترحة من قواعد تتعلق باختصاص القضاء يقابل ما تردده النصوص الشرعية عن اختصاص الحاكم بإجراء القسمة.

وقد نصت المادة (1129) من المجلة علىٰ أن: «الطلب في قسمة القضاء شرط، فلا تصح القسمة جبرًا من الحاكم إلا بطلب أحد أصحاب الحصص».

انظر كذلك المواد (1130 و1132 و1135 و1139 و1140 و1141) من المجلة.

مادة (845): متىٰ انتهىٰ الفصل في المنازعات التي أثيرت فيما بين الشركاء - فإن كانت الأنصبة قد عينت بطريق التجنيب أصدرت المحكمة حكمًا بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز، وإن كانت قد عينت علىٰ أساس أصغر حصة، تجري القسمة بطريق الاقتراع، وتثبت المحكمة ذلك في محضرها، وتصدر حكمًا بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز.

هذه المادة تتفق مع المادة (839) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- متىٰ انتهىٰ الفصل في المنازعات، وكانت الحصص قد عينت بطريق التجنيب، أصدرت المحكمة الجزئية حكمها بإعطاء كل شريك النصيب المفرز الذي آل إليه.

2- فإن كانت الحصص لم تعين بطريق التجنيب، تجري القسمة بطريق الاقتراع، وتثبت المحكمة ذلك في محضرها، وتصدر حكمًا بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز».

وقد أدخلت علىٰ هذه المادة تعديلات لفظية علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة، كما جمعت فقرتيها في فقرة واحدة.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م1207) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج6/ ص120).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (825) من التقنين الكويتي.

وفي الفقه الإسلامي: انظر القواعد التي تقدم ذكرها تحت المادة (843) من المشروع (م1132- 1135و م1139- 1141و م1149 من المجلة). وانظر كذلك - فيما يتعلق بإجراء القسمة بطريق الاقتراع - المادة (1151) من المجلة.

مادة (846): إذا كان بين الشركاء غائب أو كان بينهم من لم تتوافر فيه الأهلية - وجب تصديق المحكمة الابتدائية علىٰ الحكم الصادر بتعيين الأنصبة، وذلك وفقًا لما يقرره القانون.

هذه المادة تقابل المادة (840) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «إذا كان بين الشركاء غائب، أو كان بينهم من لم تتوافر فيه الأهلية - وجب تصديق المحكمة

علىٰ حكم القسمة بعد أن يصبح نهائيًا، وذلك وفقًا لما يقرره القانون».

وقد عدل هذا النص، حيث استبدلت عبارة: «تصديق المحكمة الابتدائية علىٰ الحكم الصادر بتعيين الأنصبة» بعبارة: «تصديق المحكمة علىٰ حكم القسمة بعد أن يصبح نهائيًّا»، وذلك تمشيًا مع ما ينص عليه قانون الولاية علىٰ المال في المادة (40) منه.

انظر المادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م1208)، والتعديلات التي أدخلت عليها، ومذكرتها الإيضاحية في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج6/ ص114 و115 و120)، وانظر المادة (40) من قانون الولاية علىٰ المال ومذكرتها الإيضاحية.

وأحكام المادة المقترحة تؤيدها المبادئ العامة في الشريعة الإسلامية حيث تهدف إلىٰ المحافظة علىٰ مصلحة الشريك الغائب أو الذي لا تتوافر فيه الأهلية.

مادة (847):

1- إذا كانت قسمة المال عينًا غير ممكنة، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمته - حكمت المحكمة ببيعه بالمزاد بالطريقة المبينة في قانون المرافعات.

2- وتأمر المحكمة بقصر المزايدة علىٰ الشركاء إذا طلبوا ذلك بالإجماع.

هذه المادة تتفق مع المادة (841) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «إذا لم تكن القسمة عينًا، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته - بيع هذا المال بالطريقة المبينة في قانون المرافعات، وتقتصر المزايدة علىٰ الشركاء إذا طلبوا ذلك بالإجماع».

وقد أدخلت علىٰ هذه المادة تعديلات لفظية، كما جعلت من فقرتين علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م1209) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص119).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (1044) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (836) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (1073) من التقنين العراقي.

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (1141) من المجلة على ما يأتي:

«لا تجري قسمة القضاء في العين المشتركة التي تبعيضها وقسمتها تضر بكل واحد من الشركاء، مثلًا: الطاحونة إذا قسمت فلا تستعمل طاحونة، فمن هذا الوجه تفوت المنفعة المقصودة، فلا يسوغ للحكام قسمتها بطلب أحد الشركاء وحده، أما بالتراضي فتقسم. وكذلك الحمام والبئر والقناة والبيت الصغير والحائط بين الدارين أيضًا، وكل ما كان محتاجًا إلىٰ الكسر والقطع من العروض فهو من هذا القبيل، كالحيوان والسرج والعربة والجبة وحجر الخاتم لا تجري قسمة القضاء في واحدة منها».

انظر المواد (1132 – 1135و 1139 – 1141و1149) من المجلة.

وقد تقدم ذكرها تحت المادة (843) من المشروع.

مادة (848):

1 – لدائني كل شريك أن يعارضوا في أن تتم القسمة عينًا أو أن يباع المال بالمزاد بغير تدخلهم، وذلك سواء أكانت القسمة اتفاقية أم قضائية، وتكون المعارضة بإنذار علىٰ يد محضر يوجه إلىٰ جميع الشركاء، ويترتب عليها إلزامهم أن يدعوا من عارض من الدائنين إلىٰ جميع الإجراءات، وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقهم، ويجب في جميع الأحوال دعوة الدائنين المقيدة حقوقهم قبل إبرام القسمة أو رفع الدعوىٰ بها.

2 – أما إذا تمت القسمة، فليس للدائنين الذين دعوا ولم يتدخلوا أن يطعنوا عليها إلا في حالة الغش.

هذه المادة تقابل المادة (□□□) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1 – لدائني كل شريك أن يعارضوا في أن تتم القسمة عينًا، أو أن يباع المال بالمزاد، بغير تدخلهم. وتوجه المعارضة إلىٰ كل الشركاء، ويترتب عليها إلزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين في جميع الإجراءات، وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقهم. ويجب علىٰ كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوىٰ القسمة.

2- أما إذا تمت القسمة، فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا عليها إلا في حالة الغش».

وقد أدخلت على هذه المادة التعديلات الآتية:

1- عدلت الفقرة الأولىٰ بحيث يكون للدائنين أن يعارضوا في أن تتم القسمة بغير تدخلهم، سواء كانت القسمة اتفاقية أو قضائية؛ إذ إن النص الحالي يؤخذ من عبارته، كما يتضح من مذكرته الإيضاحية أن حكمه يقتصر علىٰ القسمة القضائية، مع أنه ليس هناك ما يبرر التفرقة في هذا الشأن بين القسمة القضائية والقسمة الاتفاقية، بل إن حاجة الدائنين إلىٰ الحماية بتخويلهم حق المعارضة ألزم في القسمة الاتفاقية؛ نظرًا إلىٰ خلوها من ضمانات القسمة القضائية، ولذلك ذهب فريق من الفقهاء إلىٰ ضرورة التوسع في تفسير النص بحيث يسري حكمه علىٰ نوعي القسمة، أما في النص المقترح فالحكم يشمل نوعي القسمة.

2- جعلت المعارضة التي تصدر من الدائن بإنذار علىٰ يد محضر. ولم يشترط القانون الحالي شكلًا خاصًّا لهذه المعارضة، فيصح فيه أن تكون المعارضة بإنذار علىٰ يد محضر، أو تكون بكتاب مسجل أو غير مسجل، بل يصح أن تكون شفويًّا، ولكن الدائن يحمل عبء الإثبات. أما في النص المقترح، فيجب أن تكون المعارضة بإنذار علىٰ يد محضر؛ حسمًا للنزاع.

3- عدلت الفقرة الثانية بتحديد الدائنين الذين لم يتدخلوا، فلم يبقَ لهم إلا الطعن علىٰ القسمة في حالة ....[1] الدائنون الذين دعوا ولم يتدخلوا؛ لأنهم وحدهم الذين يمكن أن ينسب إليهم التقصير.

انظر وقارن المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1210) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج6/ ص120).

والمادة المقترحة تتفق في الجملة مع المادة (1045) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (837) من التقنين الكويتي.

(1) كلام مطموس بالأصل.

وتقابل المادة (1071/ 3) من أحكام التقنين العراقي.

وأحكام المادة المقترحة تؤيدها المبادئ العامة في الشريعة الإسلامية؛ لأنها تهدف إلىٰ المحافظة علىٰ حقوق الدائنين.

مادة (849): يعتبر المتقاسم مالكًا وحده للنصيب المفرز المقسوم بناءً علىٰ السند الذي تملك به في الشيوع، وتكون ملكيته لهذا النصيب خالصة من كل حق رتبه غيره من الشركاء، ما لم يكن الحق قد تقرر بإجماع الشركاء، أو بأغلبيتهم؛ وفقًا للقانون.

هذه المادة تقابل المادة (843) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «يعتبر المتقاسم مالكًا للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع، وإن لم يملك غيرها شيئًا في بقية الحصص».

ويتبين من نص المادة (843) هذا أن القسمة عندما تفرز نصيب كل شريك، يكون لها أثر رجعي، بمعنىٰ أن يعتبر الشريك مالكًا وحده لهذا النصيب المفرز من وقت أن تملك في الشيوع. وهذا النظر يخالف الحقيقة؛ لأنه لا يتفق مع قيام الشيوع مدة كان يرد خلالها علىٰ الشيء الشائع كله.

وقد أدىٰ هذا إلىٰ اختلاف في الرأي حول تحديد أثر القسمة، فذهب رأي إلىٰ أن القسمة كاشفة بطبيعتها، وليس الأثر الرجعي لها إلا افتراضًا أو مجازًا لا تقتضيه ضرورة. وذهب رأي آخر إلىٰ أن القسمة ناقلة بطبيعتها وليست كاشفة. وذهب رأي ثالث إلىٰ أن للقسمة بطبيعتها أثرًا مزدوجًا، كاشفًا وناقلًا.

وهذا الاختلاف في الرأي يقابله اختلاف في الفكرة بحسب المراحل التاريخية لها، ففي القانون الروماني كان للقسمة أثر ناقل، وفي الفقه الإسلامي قيل: إن لها أثرًا مزدوجًا. وفي الفقه الحديث ظهرت فكرة الأثر الكاشف كحقيقة مستمدة من طبيعة القسمة.

والواقع أن القسمة بطبيعتها لها أثر كاشف، فحق الشريك، وإن كان محددًا تحديدًا معنويًّا بحصته الشائعة، إلا أنه يرد من الناحية المادية علىٰ الشيء الشائع كله، ومن هنا كانت وظيفة القسمة هي تحقيق التطابق بين الحدود المعنوية والحدود المادية لحق

الشريك، وذلك بإفراز جزء من الشيء الشائع تخلص ملكيته للشريك خلوصًا تامًّا. والقسمة إذ تحقق هذا التطابق، إنما تكشف عن حق ثابت للشريك خلوصًا تامًّا. والقسمة إذ تحقق هذا التطابق إنما تكشف عن حق ثابت للشريك منذ بدء الشيوع، فهي لا تخول الشريك سندًا جديدًا، وإنما سند حق الشريك هو السند الأصلي للملكية الشائعة، وهي لا تخول الشريك حقًّا جديدًا، بل يقتصر أثرها علىٰ التغيير في حق الشريك بحيث يتحقق ذلك التطابق.

وإن في الوقوف عند الأثر الكاشف للقسمة ما يكفي للوصول إلىٰ أهم نتيجة عملية يقصد إليها من القول بالأثر الرجعي، وهي أن يخلص للمتقاسم نصيبه المفرز خاليًا من تصرفات شركائه الصادرة في أثناء الشيوع؛ إذ يقتضي الأثر الكاشف إلا أن تكون القسمة سند تملك المتقاسم للنصيب الذي خلص له، ومن ثم فلا يكون هذا المتقاسم خلفًا للمتقاسمين الآخرين، هذا إلىٰ ما تؤدي إليه فكرة الأثر الرجعي من نتائج غير مقبولة، منها: أن الشريك يستحق ثمار النصيب الذي اختص به في القسمة، ويتحمل تكاليفه في فترة قيام الشيوع. ومنها: أن تقويم الأنصباء عند القسمة يعتد فيه بقيمة المال وقت بدء الشيوع. ومنها: أنه إذا صدر قانون جديد أثناء الشيوع يغير من القواعد المنظمة للقسمة – فإن هذا القانون لا ينطبق، إلىٰ غير ذلك من نتائج يتعين فيها استبعاد فكرة الأثر الرجعي.

ولا يعني هذا تجاهلًا لفكرة الأثر الناقل للقسمة، ولكن يجب إذا سلمنا بازدواج أثر القسمة، أن نغلب أحد الأثرين علىٰ الآخر، وهو ما أخذ به المشروع، حيث غلب فكرة الأثر الكاشف ووقف عندها في النص المقترح.

فبمقتضىٰ النص المقترح تخلص للمتقاسم وحده ملكية النصيب المفرز، الذي قسم له من كل حق رتبه غيره من الشركاء أثناء الشيوع، سواء ورد هذا الحق علىٰ حصة شائعة أو علىٰ جزء مفرز من المال الشائع.

ولا تكون القسمة هي سند ملكية المتقاسم لهذا النصيب، وإنما يكون سند هذه الملكية هو السند الأصلي للملكية الشائعة، أي: السند الذي بمقتضاه تملك الشركاء الشيء الشائع، كإرث أو عقد بيع.

غير أن التصرف الذي يصدر أثناء الشيوع من الشركاء جميعًا، أو من الأغلبية التي

يخولها القانون حق التصرف - تظل نافذة في حق المتقاسم (م 836 من المشروع)، فلو أن الشركاء رهنوا أثناء الشيوع جزءًا مفرزًا من المال الشائع، ثم وقع هذا الجزء في نصيب المتقاسم - فإن الرهن يظل نافذًا في حقه، ويجب على الشركاء مراعاة ذلك في القسمة.

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (838) من التقنين الكويتي.

وتتفق مع المادة (1047) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (1075) من التقنين العراقي، التي تتفق مع المادة (843) من التقنين المصري الحالي.

ويرى الفقه الإسلامي أن للقسمة أثرًا مزدوجًا، إفرازًا ومبادلة، أي: كاشفًا وناقلًا.

فقد قال الكاساني في البدائع ما يأتي: «وأما بيان معنى القسمة فهي عبارة عن إفراز بعض الأنصباء عن بعض، ومبادلة بعض ببعض، فإذا قسمت (العين) بينهما نصفين فلا بد أن يجتمع في نصيب كل واحد منهما أجزاء، بعضها مملوكة له، وبعضها مملوكة لصاحبه على الشيوع، فلو لم تقع القسمة مبادلة في بعض أجزاء المقسوم، لم يكن المقسوم كله ملكًا للمقسوم عليه، بل يكون بعضه ملك صاحبه، فكانت القسمة منهما بالتراضي أو بطلبها من القاضي رضًا من كل واحد منهما بزوال ملكه عن نصف نصيبه بعوض وهو نصف نصيب صاحبه، وهو تفسير المبادلة، فكانت القسمة في حق الأجزاء المملوكة له إفرازًا وتمييزًا أو تعيينًا لها في الملك، وهي في حق الأجزاء المملوكة لصاحبه معاوضة، وهي مبادلة بعض الأجزاء المجتمعة في نصيبه ببعض الأجزاء المجتمعة في نصيب صاحبه.. والقسمة ليست بمعاوضة مطلقة، بل هي إفراز من وجه، ومعاوضة من وجه» (البدائع: ج 7/ ص 17).

وفي هذا المعنى نصت المادة (1116) من المجلة على ما يأتي: «والقسمة من جهة إفراز ومن جهة مبادلة، مثلًا: إذا كان كيل حنطة مشتركًا بين اثنين مناصفة، فكل حبة منه لكل واحد نصفها، فقسمتها قسمين من قبيل قسمة الجمع، وبإعطاء القسم الواحد لواحد والثاني للآخر، يكون كل واحد منهما أفرز نصف حصته، وبادل بالنصف الآخر شريكه بنصف حصته. كذلك عرصة مشتركة مناصفة بين اثنين حالة كون كل جزء منها

لكل واحد نصفه، فقسمتها قسمين بين اثنين قسمة تفريق، وبإعطاء كل واحد منها قسمًا، يكون كل واحد أفرز نصف حصته، وبادل شريكه بالنصف الآخر بنصف حصته».

غير أن التقنين العراقي خطا الخطوة الواجبة في مسيرة الفقه الإسلامي، فنص في المادة (1075) منه علىٰ أن: «ترجح جهة الإفراز علىٰ جهة المبادلة...»، وبذلك غلب الأثر الكاشف للقسمة علىٰ الأثر الناقل لها.

مادة (850): إذا ترتب حق عيني علىٰ حصة الشريك أثناء الشيوع - فإن هذا الحق يتحمل به قدر من النصيب المفرز المقسوم الذي اختص به الشريك، يعادل قيمة الحصة التي كانت مثقلة بالحق.

هذه المادة مستحدثة.

وهي تقرر قاعدة تسري علىٰ كل حق عيني - غير الملكية - ترتب علىٰ حصة الشريك أثناء الشيوع، كانتفاع أو رهن أو امتياز؛ حيث تقضي بأن يتحمل بهذا الحق النصيب المفرز المقسوم الذي اختص به الشريك.

فإذا كان هذا الحق قد ورد علىٰ كل حصة الشريك، فإنه بعد القسمة يتحمل به كل الجزء المفرز الذي اختص به الشريك، وإذا كان قد ورد علىٰ حصة شائعة في عين معينة من الأموال الشائعة، فإنه ينحصر بعد القسمة في الجزء المفرز الذي اختص به الشريك من هذه العين. وورود الحق علىٰ كل الجزء المفرز في الحالة الأولىٰ، وانحصاره في جزء مفرز من العين في الحالة الثانية - لا يكون علىٰ أساس الحلول العيني، وإنما هو الأثر الطبيعي للقسمة.

أما إذا ورد الحق علىٰ كل حصة الشريك أو بعضها في عين معينة من الأموال الشائعة، ثم وقعت في نصيبه عند القسمة عين أخرىٰ - فإن الحق ينتقل إلىٰ قدر من العين الأخرىٰ التي وقعت في نصيبه، يعادل قيمة الحصة التي كانت مثقلة بالحق، وذلك علىٰ أساس الحلول العيني.

ولم يف التقنين الحالي ببيان مصير الحقوق العينية التي ترد علىٰ الحصة الشائعة إلا بالنسبة إلىٰ الرهن الرسمي، أما النص المقترح فيتضمن قاعدة تبين مصير هذه الحقوق

بصفة عامة.

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (839) من التقنين الكويتي.

وتتفق فيما يتعلق بالرهن الرسمي مع المادة (1029/ 2) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في العقار أو جزءًا مفرزًا من هذا العقار، ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير التي رهنها - انتقل الرهن بمرتبته إلىٰ قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذي كان مرهونًا في الأصل...».

والسند الشرعي للمادة المقترحة: أن حكمها يقصد به حماية مصلحة أصحاب الحقوق التي تتقرر علىٰ الحصة الشائعة أثناء الشيوع، وذلك ببيان مصير هذه الحقوق علىٰ نحو يكفل المحافظة عليها.

مادة (851):

1- يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع في النصيب الذي اختص به الشريك من تعرض أو استحقاق لسبب سابق علىٰ القسمة، ويكون كل منهم ملزمًا بنسبة حصته أن يعوض مستحق الضمان علىٰ أساس قيمة الأموال المقسومة جميعها وقت الاستحقاق، فإذا كان أحد المتقاسمين معسرًا، وزع القدر الذي يلزمه علىٰ مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين.

2- علىٰ أنه لا محل للضمان إذا كان الاستحقاق راجعًا إلىٰ خطأ المتقاسم نفسه.

هذه المادة تقابل المادة (844) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق علىٰ القسمة، ويكون كل منهم ملزمًا بنسبة حصته أن يعوض مستحق الضمان، علىٰ أن تكون العبرة في تقدير الشيء بقيمته وقت القسمة. فإذا كان أحد المتقاسمين معسرًا، وزع القدر الذي يلزمه علىٰ مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين.

2- غير أنه لا محل للضمان إذا كان هناك اتفاق صريح بالإعفاء منه في الحالة الخاصة التي نشأ عنها. ويمتنع الضمان أيضًا إذا كان الاستحقاق راجعًا إلىٰ خطأ

المتقاسم نفسه».

وقد أدخلت على هذه المادة التعديلات الآتية:

1- استهلت الفقرة الأولىٰ في المادة المقترحة بما يبين أن الاستحقاق الذي يترتب عليه الضمان هو استحقاق ما وقع في نصيب الشريك مدعي الضمان، وليس استحقاق المقسوم كله أو حصة شائعة فيه، فإذا كان المتعرض يدعي ملكيته للمقسوم كله أو حصة شائعة فيه، ونجح في إثبات ما يدعيه - فبمقتضىٰ القواعد العامة تعتبر القسمة باطلة، إما لأنها وقعت علىٰ مال غير مملوك للمتقاسمين، وإما لأنها تمت بين بعض الشركاء دون البعض الآخر. وهذا الفرض ليس هو الذي عرض له المشروع مكتفيًا في شأنه بحكم القواعد العامة.

أما الفرض الذي عرض له النص المقترح، فهو أن يكون الاستحقاق خاصًّا بما يقع في نصيب مدعي الضمان، فهنا لا تبطل القسمة لمجرد أن المتقاسمين أدخلوا فيها ما ليس لهم، وتكون في نطاق الالتزام بالضمان.

2- نص في الفقرة الأولىٰ أيضًا علىٰ أن يكون تعويض المتقاسمين لمستحق الضمان علىٰ أساس قيمة الأموال المقسومة جميعها وقت الاستحقاق، وليس علىٰ أساس قيمة الشيء وقت القسمة، كما يقضي النص الحالي، وذلك لكي يكون ما تم في هذه الحالة شبيهًا بما يحدث، أو كنا بصدد إجراء قسمة جديدة، فتقوم الأموال المقسومة جميعها بعد استبعاد ما استحق منها، وتحدد في ضوء ذلك قيمة ما يخص الشريك الذي استحق نصيبه، ويتم تعويضه علىٰ هذا الأساس.

ويعزز هذا النظر أمران:

الأول: أنه يحقق المساواة بين المتقاسمين، وهذا أمر جوهري في القسمة.

والثاني: أنه يستوعب الرأي الذي يذهب إليه الفقه الإسلامي في اعتباره القسمة باطلة إذا استحقت حصة الشريك، وإن كان يخير الشريك في حالة استحقاق مقدار معين من نصيبه، أو جزء شائع فيه بين طلب فسخ القسمة، وبين طلب تعويض ما نقص من حصته (م 1125 من المجلة).

وهذا الرأي له وجاهته، ولكن المشروع آثر ألا يعطي الشريك حق طلب فسخ

القسمة؛ لتلافي الصعوبات العملية والأضرار التي قد تلحق المتقاسمين الآخرين من وراء ذلك، وفي مقابل هذا وفر للشريك - مستحق الضمان - الميزة التي تعود عليه إذا فسخت القسمة وأعيدت من جديد، وذلك بأن يكون تعويضه علىٰ الأساس المذكور.

3- عدل حكم الفقرة الثانية، وذلك بأن حذف من هذه الفقرة ما يفيد امتناع الضمان، إذا كان هناك اتفاق علىٰ الإعفاء منه، وذلك تطبيقًا للمادة (229/ 2) من المشروع، التي تنص علىٰ أنه: «لا يجوز الاتفاق علىٰ إعفاء المدين من المسئولية المترتبة علىٰ عدم تنفيذ التزامه التعاقدي». إذ إن مثل هذا الاتفاق ينافي مقتضىٰ العقد، وهذا فضلًا عن أنه يتعارض مع مبدأ جوهري في القسمة، وهو تحقيق المساواة بين المتقاسمين.

وفي الفقه الإسلامي تكون القسمة باطلة إذا استحق المال المقسوم كله، أو استحقت حصة شائعة فيه كله، وهذا يتفق مع القواعد العامة كما سبق القول، وتكون القسمة باطلة كذلك إذا استحقت حصة الشريك المتقاسم، وهذا هو الفرض الذي يدخله النص المقترح في نطاق الضمان، فلا يعتبر القسمة باطلة، أما إذا استحق مقدار معين من نصيب الشريك المتقاسم، أو استحق جزء شائع فيه، فإن الفقه الإسلامي يخير الشريك بين طلب فسخ القسمة، وبين طلب تعويض ما نقص من حصته.

فقد نصت المادة (1125) من المجلة علىٰ ما يأتي: «شرط المقسوم هو كونه ملك الشركاء حين القسمة، فإذا ظهر مستحق للمقسوم بعد القسمة بطلت، وكذا إذا ظهر مستحق لجزء شائع منه - كنصفه وثلثه - يطلب القسمة ويلزم تكرار قسمه، كذلك إذا ظهر مستحق لمجموع حصة بطلب القسمة، والباقي مشترك بين أصحاب الحصص، وإن ظهر مستحق لمقدار معين في حصته أو لجزء شائع منها، فصاحب الحصة مخير، إن شاء فسخ القسمة، وإن شاء لم يفسخ ورجع بمقدار نقصان حصته علىٰ صاحب الحصة الأخرىٰ...».

مادة (852):

1- إذا دامت قسمة المهايأة المكانية خمس عشرة سنة، صارت قسمة نهائية، ما

لم يتفق الشركاء صراحة علىٰ غير ذلك.

2- وإذا حاز الشريك علىٰ الشيوع جزءًا مفرزًا من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة - افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلىٰ قسمة مهايأة.

هذه المادة تقابل الفقرة الثانية من المادة (846) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «وإذا دامت هذه القسمة - قسمة المهايأة المكانية - خمس عشرة سنة، انقلبت قسمة نهائية، ما لم يتفق الشركاء علىٰ غير ذلك، وإذا حاز الشريك علىٰ الشيوع جزءًا مفرزًا من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة - افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلىٰ قسمة مهايأة».

وقد عدل حكم هذه المادة بما يفيد أن اتفاق الشركاء علىٰ عدم صيرورة المهايأة المكانية قسمة نهائية - يجب أن يكون صريحًا، وذلك حسمًا للنزاع في استخلاص الاتفاق الضمني، وأدخلت عليها تعديلات لفظية علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة، وجعلت من فقرتين بدلًا من فقرة واحدة؛ لأننا بصدد قاعدتين يحسن أن يفرد لكل منهما فقرة مستقلة.

انظر المراحل التي مر بها النص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1216)، ومذكرته الإيضاحية في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 131 - 133 و139).

والسند الشرعي للمادة المقترحة أن حكمها يراد به استقرار الأوضاع التي ظلت أمدًا طويلًا يصل إلىٰ خمس عشرة سنة برضاء ذوي الشأن، ما دام لم تظهر من جانبهم إرادة مخالفة، وإذا كانت هذه المدة تكفي لعدم سماع الدعوىٰ، فأولىٰ بها أن تكون داعية إلىٰ استمرار وضع ارتضاه الشركاء بالتجربة.



الفرع الثاني

الشيوع الإجباري

مادة (853): إذا تبين من الغرض الذي أعد له المال الشائع أنه يجب أن يبقىٰ علىٰ الدوام شائعًا - فليس للشريك أن يطلب قسمته، ولا أن يتصرف في حصته فيه، مستقلة عن العقار الذي أعد هذا المال لخدمته.

هذه المادة تقابل المادة (850) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «ليس للشركاء في مال شائع أن يطلبوا قسمته، إذا تبين من الغرض الذي أعد له هذا المال أنه يجب أن يبقىٰ دائمًا علىٰ الشيوع».

والشيوع الإجباري نوعان:

شيوع إجباري أصلي: وفيه لا تكون الأشياء الشائعة تابعة لعقار، وإنما توجد مستقلة، وتكون مخصصة لخدمة أو استعمال جماعة من الأفراد، كمدافن الأسرة وصورها ووثائقها.

وشيوع إجباري تبعي: وهو الذي تكون الأشياء الشائعة فيه تابعة لعقارات يملكها ملاك مختلفون لكل منهم ملكية مفرزة، وتعتبر من الملحقات الضرورية المخصصة لخدمة هذه العقارات.

وهذا النوع من الشيوع الإجباري هو النوع المهم الذي يتناوله النص المقترح، ومن صوره: الشيوع في الحائط المشترك، والأجزاء المشتركة في ملكية الطبقات أو الشقق، والمسقاة الخاصة التي تكون مملوكة لعدة ملاك ومخصصة لري أراضيهم، والقناطر والممرات والآبار، والأفنية التي يكون كل منها مملوكًا لعدة ملاك ومخصصًا لخدمة عقاراتهم.

وأهم ما يتميز به الشيوع الإجباري حكمان، لا يوجدان في الشيوع العادي:

الحكم الأول: أن الشريك لا يحق له أن يطلب قسمة المال المشترك، بل يجب عليه أن يتحمل الشيوع علىٰ وجه الدوام؛ لأن الفرض الذي أعد له هذا المال يقتضي أن يبقىٰ دائمًا علىٰ الشيوع.

والحكم الثاني: أن الشريك لا يجوز له أن يتصرف في حصته في المال الشائع، مستقلة عن العقار الذي يخصص الشيء المشترك لخدمته. وإذا تصرف في العقار، فإن

التصرف يشمل حقه في الشيء الشائع؛ لأنه يعتبر من الملحقات الضرورية للعقار.

وقد اقتصر نص التقنين الحالي علىٰ تقرير عدم جواز طلب القسمة، ولكن رئي في النص المقترح إضافة عدم جواز التصرف في الحصة الشائعة مستقلةً عن العقار الذي أعد الشيء المشترك لخدمته.

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (847) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (1081) من التقنين العراقي التي تتفق مع المادة (850) من التقنين المصري الحالي.

وتقابل المادة (1060) من التقنين الأردني التي تتفق مع المادة (850) من التقنين المصري الحالي.

وتتفق أحكام المادة المقترحة مع أحكام الفقه الإسلامي، فقد نصت المادة (1142) من المجلة علىٰ ما يأتي: «كما أنه لا يجوز تقسيم أوراق الكتاب المشترك، كذلك لا يجوز أيضًا تقسيم الكتاب المتعدد الأجزاء، والجلود جلدًا جلدًا».

ونصت المادة (1143) علىٰ ما يأتي: «ينظر في الطريق المشترك بين اثنين فأكثر، وليس لغيرهم فيه حق أصلًا، حين طلب أحدهم قسمة وامتناع الآخر، فإن كان بعد القسمة يبقىٰ لكل واحد طريق يقسم، وإلا فلا يقسم جبرًا، إلا إذا كان لكل واحد طريق ومنفذ غيره فإنه في ذلك الحال يقسم».

ونصت المادة (1144) علىٰ ما يأتي: «المسيل المشترك أيضًا كالطريق المشترك، أي: إذا طلب أحدهما القسمة وامتنع الآخر، فإن كان بعد القسمة يبقىٰ لكل واحد مجرىٰ لمائه، أو يتخذ كل مسيلًا في محل غيره يقسم وإلا فلا».

ونصت المادة (1145) علىٰ ما يأتي: «كما يجوز أن يبيع شخص طريقه الملك علىٰ أن يبقىٰ له حق المرور، يجوز أيضًا أن يقتسم اثنان عقارهما المشترك بينهما علىٰ أن تكون رقبة الطريق المشترك - يعني: ملكيته - لأحدهما، وللثاني حق المرور فقط».

ونصت المادة (1146) علىٰ ما يأتي: «كما يجوز ترك الحائط الفاصل بين الحصتين مشتركًا في تقسيم الدار بين الشريكين، تجوز أيضًا القسمة علىٰ جعله ملكًا لأحدهما خاصة».

ونصت المادة (1223) علىٰ ما يأتي: «للمارين في الطريق العام حق الدخول في الطريق الخاص عند الازدحام، فلا يسوغ لأصحاب الطريق الخاص أن يبيعوه ولو اتفقوا، ولا يسوغ أن يقسموه بينهم، ولا يجوز أن يسدوا فمه».

الحائط المشترك:

مادة (854): الحائط الذي يكون وقت إنشائه فاصلًا بين بناءين - يعد مشتركًا حتىٰ مفرقهما، ما لم يقم دليل علىٰ خلاف ذلك.

هذه المادة تطابق المادة (817) من التقنين الحالي، مع تعديل لفظي.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1185) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 64).

والمادة المقترحة تطابق المادة (1091) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (1280) من التقنين الأردني.

والسند الشرعي لها: أنها تتضمن قرينة مستنبطة مما يغلب وقوعه في الحياة العملية؛ بغية تيسير إثبات الاشتراك في الحائط، وهي بذلك تقبل إثبات العكس، كما هو الشأن في كل قرينة. وهذا يقبله الفقه الإسلامي.

مادة (855): 1- لكل شريك أن يستعمل الحائط المشترك بحسب الغرض الذي أعد له، وأن يضع فوقه عوارض ليسند عليها السقف، دون أن يحمل الحائط فوق طاقته. 2- وإذا احتاج الحائط إلىٰ إصلاح، أو لم يعد صالحًا للغرض الذي أعد له - فنفقة إصلاحه أو تجديده علىٰ الشركاء، كل بنسبة حصته فيه.

هذه المادة تقابل المادة (814) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- لمالك الحائط المشترك أن يستعمله بحسب الغرض الذي أعد له، وأن يضع فوقه عوارض؛ ليسند عليها السقف، دون أن يحمل الحائط فوق طاقته.

2- فإذا لم يعد الحائط المشترك صالحًا للغرض الذي خصص له عادة - فنفقة إصلاحه أو تجديده علىٰ الشركاء، كل بنسبة حصته فيه».

وقد أدخل علىٰ هذه المادة تعديل لفظي في صدر الفقرة الأولىٰ منها، وأضيفت إلىٰ الفقرة الثانية الحالة التي يحتاج فيها الحائط إلىٰ إصلاح دون أن يصبح غير صالح للغرض الذي أعد له.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1182) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 64 و65).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (1087) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (1278) من التقنين الأردني.

وتتفق أحكامها مع أحكام الفقه الإسلامي، فقد نصت المادة (70) من مرشد الحيران علىٰ ما يأتي: «إذا كان الحائط مشتركًا بين اثنين، فلا يجوز لأحدهما أن يتصرف فيه بتعلية أو زيادة في البناء عليه بلا إذن الآخر، سواء كان تصرفه مضرًّا بالآخر أم لا».

ونصت المادة (71) علىٰ ما يأتي: «لكل من الشريكين في الحائط أن يضع عليه أخشابًا بقدر ما لشريكه، بشرط ألا يتجاوز كل منهما ما يتحمله الحائط، وليس لأحد منهما أن يزيد في أخشابه بدون إذن الآخر، كما أنه لا يجوز لأحدهما أن يحول محل أخشابه التي علىٰ الحائط يمينًا أو شمالًا، ولا من أسفل إلىٰ أعلىٰ، ولو من أعلىٰ إلىٰ أسفل جاز...».

وفي هذا المعنىٰ أيضًا: المادتان (1210 و1211) من المجلة.

كذلك نصت المادة (1318) من المجلة علىٰ ما يأتي: «إذا حصل للحائط المشترك بين جارين وهن، وخيف من سقوطه، وأراد أحدهما نقضه وامتنع الآخر - فيجبر علىٰ النقض والهدم بالاشتراك». وفي هذا المعنىٰ أيضًا المادة (754) من مرشد الحيران.

مادة (856):

1- للمالك إذا كانت له مصلحة جدية في تعلية الحائط المشترك - أن يعليه بشرط ألا يلحق بشريكه ضررًا جسيمًا، وعليه وحده أن ينفق علىٰ التعلية وصيانة الجزء المعلىٰ، وعمل ما يلزم لجعل الحائط يتحمل زيادة العبء الناشئ عن التعلية دون أن يفقد شيئًا من متانته.

2- فإذا لم يكن الحائط صالحًا لتحمل التعلية، فعلىٰ من يرغب فيها من الشركاء أن يعيد بناء الحائط كله علىٰ نفقته، بحيث يقع ما زاد من سمكه في ناحيته هو بقدر الاستطاعة، وإلا فعليه أن يدفع لجاره - مقدمًا - قيمة الأرض التي امتد إليها ما زاد في سمك الحائط من ناحية هذا الجار، ويظل الحائط المجدد في غير الجزء المعلىٰ مشتركًا، دون أن يكون للجار الذي أحدث التعلية حق في التعويض.

الفقرة الأولىٰ من هذه المادة تطابق الفقرة الأولىٰ من المادة (815) من التقنين الحالي، مع استبدال عبارة: «ضررًا جسيمًا» بعبارة: «ضررًا بليغًا».

والفقرة الثانية تقابل الفقرة الثانية من المادة (815) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «فإذا لم يكن الحائط المشترك صالحًا لتحمل التعلية، فعلىٰ من يرغب فيها من الشركاء أن يعيد بناء الحائط كله علىٰ نفقته، بحيث يقع ما زاد من سمكه في ناحيته هو بقدر الاستطاعة، ويظل الحائط المجدد في غير الجزء المعلىٰ مشتركًا، دون أن يكون للجار الذي أحدث التعلية حق في التعويض».

وقد أضيف إلىٰ هذه الفقرة حكم الحالة، التي لا يمكن أن تقع فيها زيادة السمك في ناحية من يقوم بالتعلية؛ حيث يجب عليه حينئذٍ أن يدفع لجاره - مقدمًا - قيمة الأرض التي امتد إليها ما زاد في سمك الحائط من ناحية هذا الجار.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م1183) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج6/ ص 65).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (1089) من التقنين العراقي، وتتفق مع المادة (1277) من التقنين الأردني.

وفي الفقه الإسلامي: انظر النصوص الشرعية التي تقدم ذكرها، أو أشير إليها تحت المادة السابقة: المادتان (70 و754) من مرشد الحيران، والمادتان (1210 و1318) من المجلة.

مادة (857): للجار الذي لم يساهم في نفقات التعلية أن يصبح شريكًا في الجزء المعلىٰ، إذا هو دفع نصف ما اتفق عليه، وقيمة نصف الأرض التي تقوم عليها زيادة

السمك، إن كانت هناك زيادة.

هذه المادة تطابق المادة (816) من التقنين الحالي.

وتتفق مع المادة (1090) من التقنين العراقي.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للقانون الحالي (م 1184) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 5/ ص 65).

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (69) من مرشد الحيران علىٰ ما يأتي: «لا يجوز للجار أن يجبر جاره علىٰ إقامة حائط أو غيره علىٰ حدود ملكه، ولا علىٰ أن يعطيه جزءًا من حائطه، أو من الأرض القائم عليها الحائط».

مادة (858): ليس للجار أن يجبر جاره علىٰ النزول عن جزء من حائط أو من الأرض التي عليها الحائط، إلا في الحالتين المنصوص عليهما في المادتين السابقتين.

هذه المادة تتفق مع العبارة الأخيرة من الفقرة الأولىٰ من المادة (818) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «ليس للجار أن يجبر جاره علىٰ النزول عن جزء من حائط، أو من الأرض التي عليها الحائط، إلا في الحالة المذكورة في المادة (816)».

وقد أضيفت إلىٰ الحالة المشار إليها في هذه المادة - وهي المذكورة في المادة (816) من التقنين الحالي - حالة أخرىٰ يشملها حكم المادة (815) من هذا التقنين، ومن ثم فإنه بمقتضىٰ المادة المقترحة لا يجوز لجار أن يجبر جاره علىٰ قبوله شريكًا في الحائط الفاصل، الذي أقامه هذا الجار علىٰ نفقته، إلا في الحالة المذكورة في المادة (857) من المشروع - وهي حالة ما إذا قام الجار بتعلية الحائط المشترك علىٰ نفقته - فيجوز لجاره أن يطلب الاشتراك في الجزء المعلىٰ، ويصبح الحائط كله مشتركًا، كما لا يجوز لجار أن يجبر جاره علىٰ قبوله شريكًا في الأرض التي عليها الحائط الفاصل، إلا في الحالة المذكورة في المادة (856) من المشروع، وهي حالة ما إذا أعاد الجار بناء الحائط المشترك، واضطر أن يزيد في سمك الحائط، وأن يأخذ جزءًا من أرض جاره لهذه الزيادة، فيكون عليه أن يدفع لهذا الجار ثمن ما أخذه من أرضه.

والمادة المقترحة تتفق مع العبارة الأخيرة من الفقرة الأولىٰ من المادة (1093) من

التقنين العراقي.

وتتفق مع العبارة الأخيرة من الفقرة الأولىٰ من المادة (1279) من التقنين الأردني.

وفي الفقه الإسلامي: انظر المادة (69) من مرشد الحيران التي تقدم ذكرها.

ملكية الطبقات والشقق:

مادة (859): إذا تعدد ملاك طبقات الدار أو شققها المختلفة، فإنهم يعدون شركاء في ملكية الأرض المقام عليها البناء والأرض المحيطة به وهيكل البناء وأجزائه وملحقاته المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع، أو التي تتوقف عليها متانة البناء، وبوجه خاص الأساسات والأعمدة والجدران الرئيسة، وقواعد الأرضيات والأسطح والمداخل، والأفنية والممرات والدهاليز، والسلالم والمصاعد، والأماكن المخصصة للعاملين في خدمة البناء أو الخدمات المشتركة، وكل أنواع الأنابيب والأجهزة، إلا ما كان منها داخل الطبقة أو الشقة، وتقتصر منفعته علىٰ مالكها، كل هذا ما لم يرد في سندات الملك ما يخالفه.

هذه المادة تقابل الفقرة الأولىٰ من المادة (856) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «إذا تعدد ملاك طبقات الدار أو شققها المختلفة، فإنهم يعدون شركاء في ملكية الأرض، وملكية أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع، وبوجه خاص الأساسات والجدران الرئيسة، والمداخل والأفنية والأسطح، والمصاعد والممرات والدهاليز وقواعد الأرضيات، وكل أنواع الأنابيب إلا ما كان منها داخل الطبقة أو الشقة، كل هذا ما لم يوجد في سندات الملك ما يخالفه».

وقد أدخلت على هذا النص التعديلات الآتية:

1- أضيف إليه فريق من الأجزاء المشتركة التي لم يرد ذكرها فيه، وهذا مع ملاحظة أن هذه الأجزاء المشتركة لم تذكر علىٰ سبيل الحصر.

2- استكمال المعيار الذي علىٰ أساسه تتحدد الأجزاء المشتركة في الدار، فالملاك في النص الحالي يعدون شركاء في: «ملكية الأرض وملكية أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع». بينما في النص المقترح يعد الملاك شركاء في «ملكية

الأرض المقام عليها البناء، والأرض المحيطة به، وهيكل البناء وأجزائه وملحقاته المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع، أو التي تتوقف عليها متانة البناء». ومن ثم فالمعيار المقترح لا يقتصر علىٰ أن تكون أجزاء البناء معدة للاستعمال المشترك بين الجميع، بل يضيف إلىٰ ذلك أن تكون هذه الأجزاء مما تتوقف عليه متانة البناء.

3- نص علىٰ أن الأنابيب والأجهزة التي تكون في داخل الطبقة أو الشقة ولا تعتبر من الأجزاء المشتركة، بل تكون ملكًا خاصًّا لصاحب هذه الطبقة أو الشقة - هي تلك التي تقتصر منفعتها عليه، فإذا كان جميع الملاك أو بعضهم ينتفعون بها، فإنها تعد من الأجزاء المشتركة، رغم وجودها داخل الطبقة أو الشقة.

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (849) من التقنين الكويتي.

ويأخذ المشروع في النص المقترح والنصوص التالية بنظام الطبقات أو الشقق المفرزة والشيوع الإجباري؛ لأنه النظام الذي يتفق مع وضع الأبنية في عصرنا الحالي، وهو مقتبس من القانون الفرنسي الصادر في 28 يونيه سنة 1938م.

وقد اشتمل التقنين الحالي - إلىٰ جانب النصوص العديدة التي تتعلق بهذا النظام - علىٰ نصوص ثلاثة (م 859 - 861) تتعلق بنظام السفل والعلو، الذي اقتصر عليه التقنين القديم، ويتلخص هذا النظام في أن يكون كل من صاحب السفل وصاحب العلو مالكًا لطبقة بنائه ملكية خاصة، ويملك صاحب السفل الأرض التي يقام عليها البناء، أما صاحب العلو فله حق القرار علىٰ السفل، وبناءً علىٰ ذلك فهناك التزامات تقع علىٰ صاحب السفل، والتزامات تقع علىٰ صاحب العلو، وتتفرع عن حق القرار الثابت للعلو علىٰ السفل. وقد رئي إغفال هذا النظام في المشروع بعد أن أصبح غير متفق مع وضع الأبنية في العصر الحالي.

وتتعلق قواعد الفقه الإسلامي بنظام السفل والعلو: انظر المواد (64 - 68) من مرشد الحيران، والمادة (1193) من المجلة.

مادة (860): الأجزاء المشتركة التي تقتصر منفعتها علىٰ بعض الملاك، تكون ملكًا مشتركًا لهؤلاء الملاك، فالحواجز الفاصلة بين شقتين تكون ملكيتها مشتركة بين

أصحاب هاتين الشقتين.

هذه المادة تقابل الفقرة الثالثة من المادة (856) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «والحواجز الفاصلة بين شقتين تكون ملكيتها مشتركة بين أصحاب هاتين الشقتين».

وقد رئي في المادة المقترحة أن يذكر في صدرها حكم الأجزاء التي تقتصر منفعتها علىٰ بعض الملاك، ثم تأتي العبارة الأخيرة كتطبيق لهذا الحكم.

واقتصار منفعة بعض الأجزاء علىٰ بعض الملاك دون غيرهم - قد يتم بالاتفاق، كأن يتفق علىٰ أن يكون الانتفاع بالحديقة مقصورًا علىٰ أصحاب الشقق الموجودة في الطابق الأرضي، وقد يكون تبعًا لما يفرضه وضع هذه الأجزاء، كما هو الشأن في الحواجز الفاصلة بين شقتين؛ حيث تكون ملكيتها مشتركة بين أصحاب هاتين الشقتين.

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (850) من التقنين الكويتي. والسند الشرعي لها تلك القاعدة التي تقضي بأن منفعة الشيء تقتصر علىٰ مالكه.

مادة (861): تكون حصة كل مالك في الأجزاء المشتركة بنسبة قيمة الجزء الذي يملكه مفرزًا في الدار، وتقدر قيمة هذا الجزء علىٰ أساس مساحته وموقعه وقت إنشاء الدار.

هذه المادة تقابل ما جاء في الفقرة الثانية من المادة (856) من التقنين الحالي من أن: الأجزاء المشتركة «يكون نصيب كل مالك فيها بنسبة قيمة الجزء الذي له في الدار».

وقد أضيف إلىٰ هذا الحكم في المادة المقترحة حكم آخر، يتعلق بتقدير قيمة الجزء الذي للمالك في الدار من طبقة أو شقة، وهذه مسألة اختلف فيها الرأي من حيث الاعتداد في تقدير القيمة بالتغييرات الخارجية: كإنشاء شارع أمام جانب من جوانب الدار، أو إلغاء حديقة كانت أمام جانب آخر، أو بالتغييرات الداخلية: كتحسين المالك لشقته بأشياء مرتفعة القيمة، ومن حيث الوقت الذي يتم فيه هذا التقدير، أهو وقت إنشاء الدار؟ أم الوقت الذي يثور فيه النزاع حول التقدير؟.

وقد اختار المشروع أن يكون هذا التقدير علىٰ أساس مساحة الطبقة أو الشقة وموقعها وقت إنشاء الدار، فلا تتغير القيمة بمضي الزمن من وقت إنشاء الدار، ولا بالتغيرات الخارجية أو الداخلية، بل تبقىٰ القيمة ثابتة علىٰ أساس المساحة والموقع وقت إنشاء الدار.

وعلىٰ أساس هذه القيمة تتحدد حصة المالك في الأجزاء الشائعة، كما يتحدد نصيبه في التكاليف المشتركة.

والمادة المقترحة تطابق المادة (851) من التقنين الكويتي.

والسند الشرعي لها أن الأجزاء المشتركة معدة لخدمة الجزء المفرز المملوك في الدار، ومن ثم تتحدد حصة المالك في تلك الأجزاء بنسبة قيمة هذا الجزء المفرز.

مادة (862): الأجزاء المشتركة من الدار لا تقبل القسمة، وليس لمالك أن يتصرف في حصة منها مستقلة عن الجزء الذي يملكه مفرزًا، والتصرف في جزء مفرز يشمل حصة المتصرف في الأجزاء المشتركة.

هذه المادة تقابل ما جاء في الفقرة الثانية من المادة (856) من التقنين الحالي من أن: «الأجزاء المشتركة من الدار لا تقبل القسمة، وليس لمالك أن يتصرف في نصيبه (فيها) مستقلًّا عن الجزء الذي يملكه».

وقد أضيف إلىٰ الحكم الأخير في هذا النص حكم آخر يعتبر مكملًا له، وهو أن التصرف في جزء مفرز يشمل حصة المتصرف في الأجزاء المشتركة؛ إذ إن هذه الحصة تعتبر من الملحقات الضرورية التي لا تنفصل حتمًا عن الجزء المفرز، بحيث يشملها التصرف في هذا الجزء دون حاجة إلىٰ ذكر ذلك.

والمادة المقترحة تطابق المادة (852) من التقنين الكويتي.

والسند الشرعي للمادة المقترحة: أن الغرض من جعل الأجزاء المشتركة مملوكة علىٰ الشيوع لملاك الأجزاء المفرزة - هو تمكين هؤلاء الملاك من الانتفاع بما يملكون، الأمر الذي يقتضي التلازم بين ملكية الأجزاء المفرزة والاشتراك في الأجزاء

المشتركة، ومن شأن الأحكام الواردة في المادة المقترحة أن يتحقق هذا التلازم، فضلًا عن عدم جواز طلب قسمة هذه الأجزاء؛ لأنها مخصصة لأغراض تقتضي بقاءها دائمًا علىٰ الشيوع.

مادة (863): لكل مالك في سبيل الانتفاع بالجزء الذي يملكه في الدار - أن يستعمل الأجزاء المشتركة فيما أعدت له، مع مراعاة حقوق باقي الملاك.

هذه المادة تتفق مع الفقرة الأولىٰ من المادة (857) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «كل مالك في سبيل الانتفاع بالجزء الذي يملكه في الدار - حر في أن يستعمل الأجزاء المشتركة فيما أعدت له، علىٰ ألا يحول دون استعمال باقي الشركاء لحقوقهم».

وقد أدخلت علىٰ هذا النص تعديلات لفظية علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة، واستبدلت عبارة: «مع مراعاة حقوق باقي الملاك» بعبارة: «علىٰ ألا يحول دون استعمال باقي الشركاء لحقوقهم»؛ لأن العبارة المختارة أدق في الدلالة علىٰ المقصود، فلا يكفي في استعمال المالك للأجزاء المشتركة ألا يحول دون استعمال باقي الملاك لها، إذ أضحىٰ استعمال هؤلاء للأجزاء المشتركة بقدر أقل من استعمال المالك لها، وإنما يجب أن تبقىٰ لهؤلاء الملاك إمكانية الاستعمال بقدر يتساوىٰ مع استعمال المالك، وهذا هو المعنىٰ المقصود من العبارة المختارة.

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (855) من التقنين الكويتي.

والسند الشرعي للمادة المقترحة هو: بيان حدود حق المالك في استعمال الأجزاء المشتركة علىٰ نحو يكفل لهذه الأجزاء، وظيفتها ويحقق المساواة بين الملاك.

مادة (864): لا يجوز لأي مالك أن يقوم بعمل من شأنه أن يهدد سلامة البناء أو يغير من مظهره الخارجي.

هذه المادة مستحدثة.

وحكمها يصدق علىٰ كل عمل يأتيه المالك، ويكون من شأنه أن يهدد سلامة البناء،

أو يغير من مظهره الخارجي، سواء كان ذلك في الطبقة أو الشقة التي يملكها أو في الأجزاء المشتركة، كأن يضع في الشقة أشياء ثقيلة الوزن، إلىٰ الحد الذي يزيد عن المعتاد، ويهدد سلامة السقف، أو يضع آلات يترتب علىٰ تشغيلها المساس بسلامة البناء، أو يقوم بطلاء الحوائط من الخارج، أو النوافذ بطلاء يشوه مظهر البناء.

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (857) من التقنين الكويتي.

والسند الشرعي لها: أن حكمها يقصد به المحافظة علىٰ مصلحة الملاك، وهو من الأغراض الأساسية في الشريعة الإسلامية.

مادة (865):

1- نفقات حفظ الأجزاء المشتركة في الدار وصيانتها وإدارتها وتجديدها والتعديل فيها - يتحملها جميع الملاك، كلٌّ بنسبة قيمة الطبقة أو الشقة التي له في الدار، ما لم يتفق علىٰ غير ذلك.

2- ومع ذلك فنفقات الخدمات المشتركة والتعديلات، التي تخص بعض الملاك، أو يتفاوت الانتفاع بها تفاوتًا واضحًا - توزع بنسبة ما، يعود من هذه الخدمات والتعديلات علىٰ كل طبقة أو شقة من منفعة، وللملاك الذين لم ينتفعوا بالتعديلات في الأجزاء المشتركة أن ينتفعوا بها في أي وقت إذا دفعوا نصيبهم في نفقاتها.

3- ولا يجوز لمالك أن يتخلىٰ عن حصته في الأجزاء المشتركة للتخلص من الاشتراك في النفقات المتقدمة الذكر.

الفقرة الأولىٰ من هذه المادة تتفق مع الفقرة الأولىٰ من المادة (858) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «علىٰ كل مالك أن يشترك في تكاليف حفظ الأجزاء المشتركة وصيانتها وإدارتها وتجديدها، ويكون نصيبه في هذه التكاليف بنسبة قيمة الجزء الذي له في الدار، ما لم يوجد اتفاق علىٰ غير ذلك».

وقد عدل هذا النص تعديلًا لفظيًّا علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة، وأضيف إلىٰ ما يتحمله الملاك نفقة التعديل في الأجزاءالمشتركة.

والفقرة الثانية من المادة المقترحة مستحدثة، فقد لوحظ أن توزيع النفقات المشتركة كلها بنسبة ما يملكه كل شريك يتنافىٰ مع العدالة بالنسبة إلىٰ بعض النفقات، فمثلًا ليس من العدل أن يتساوىٰ صاحب الشقة الموجودة في الطابق، الأرضي أو في طابق من الطوابق المنخفضة مع صاحب الشقة الموجودة في طابق من الطوابق العليا - في تحمل نسبة من تكاليف تشغيل المصعد.

ونظرًا إلىٰ هذا الاعتبار، فإن حكم الفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة يشمل نفقات حفظ الأجزاء المشتركة في الدار وصيانتها وإدارتها وتجديدها والتعديل فيها؛ حيث يتحملها جميع الملاك، كلٌّ بنسبة قيمة الطبقة أو الشقة التي له في الدار، ما لم يتفق علىٰ غير ذلك، ومن أمثلتها: نفقات صيانة الأنابيب المشتركة وتجديدها، ونفقات نظافة المدخل والأفنية وواجهة المبنىٰ، وأجور من يتولون الإدارة والحراسة، وما ينفق علىٰ الإدارة من مكاتبات واجتماعات، وأقساط التأمين علىٰ العقار كله أو علىٰ الأجزاء المشتركة، ونحو ذلك؛ إذ الملحوظ في مثل هذه النفقات أن الملاك جميعًا ينتفعون من ورائها علىٰ قدم المساواة.

أما حكم الفقرة الثانية: فيتناول نفقات الخدمات المشتركة والتعديلات التي تخص بعض الملاك، أو يتفاوت الانتفاع بها من مالك إلىٰ آخر تفاوتًا كبيرًا.

وقد استرشد المشروع فيه بالفقرة الأولىٰ من المادة العاشرة من القانون الفرنسي الصادر في سنة (1965)، فهذه النفقات يتحملها الملاك الذين ينتفعون من ورائها دون غيرهم، وإذا كان الانتفاع تتفاوت درجته من مالك إلىٰ آخر تفاوتًا كبيرًا - فإن توزيع النفقات يكون بنسبة درجة الانتفاع، ومن أمثلتها: نفقات تشغيل المصعد، ونفقات التكييف المركزي والمياه الساخنة، ونفقات صيانة السلم ونظافته، والتعديلات التي يفيد منها بعض الملاك دون البعض الآخر.

ويلاحظ أن توزيع هذه النفقات يكون بنسبة ما يعود علىٰ كل طبقة أو شقة من منفعة، وليس بنسبة قيمة الطبقة أو الشقة؛ لأن أساس التوزيع هو مقدار المنفعة التي تعود علىٰ الطبقة أو الشقة.

وإذا كانت هذه التفرقة بين نوعي النفقات قد تنطوي في كثير من الحالات علىٰ

صعوبات في التطبيق لمعرفة ما إذا كانت نفقة معينة من هذا النوع أو ذاك، فإنها مع ذلك تهدف إلىٰ تحقيق العدالة بقدر الإمكان.

وفيما يتعلق بالتعديل الذي يتقرر إدخاله علىٰ الأجزاء المشتركة، فإن كان يفيد منه جميع الملاك علىٰ قدم المساواة، فإنه يخضع للقاعدة المقررة في الفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة؛ حيث يتحمل جميع الملاك نفقاته، كلٌّ بنسبة قيمة الطبقة أو الشقة التي له في الدار، وإن كان هذا التعديل قد أدخل لصالح فريق من الملاك، فإن هذا الفريق هو الذي يتحمل وحده نفقات هذا التعديل، وإذا تفاوت الانتفاع فيما بينهم، وزعت النفقات عليهم بنسبة ما يعود علىٰ كل طبقة أو شقة من منفعة، وإذا لم يرغب بعضهم في الاستفادة من التعديل، وكان هذا ممكنًا - فله ذلك، وحينئذٍ لا يتحمل بنفقة ما، غير أنه إذا رغب بعد ذلك في الاستفادة من التعديل، فله ذلك أيضًا، وفي هذه الحالة يتحمل القدر الذي يخصه من النفقات.

ومن الأمثلة في هذا الصدد: أن يكون البناء بدون مصعد، ثم يتقرر استخدام مصعد، فيتحمل الملاك ثمنه ونفقات تركيبه وتشغيله، كلٌّ بنسبة ما يعود من منفعة علىٰ الطبقة أو الشقة التي له، حيث لا يتحمل صاحب الطابق الأرضي شيئًا، ويتحمل أصحاب الطبقات المنخفضة أقل مما يتحمل أصحاب الطبقات العليا، وإذا لم يرغب أحد الملاك في استخدام المصعد، فله ذلك، وفي هذه الحالة لا يتحمل أية نفقة، وإذا رغب بعد ذلك في استخدام المصعد، فله ذلك أيضًا، بشرط أن يتحمل نصيبه في النفقات. وإذا تقرر استخدام محرك لرفع المياه إلىٰ خزان علىٰ سطح البناء؛ لتيسير وصول المياه إلىٰ وحدات الطبقات العليا - فإن ملاك هذه الوحدات يتحملون النفقات وحدهم، أو يتحملون منها بمقدار أكبر مما يتحمله أصحاب الوحدات المنخفضة بحسب الظروف، وإذا أراد أحدهم ألا يستفيد من ذلك؛ لكي لا يتحمل نصيبه من النفقات - فليس له ذلك؛ لأنه لا يمكن من الناحية العملية الحيلولة دون وصول المياه إليه.

وأما الفقرة الثالثة من المادة المقترحة، فتطابق الفقرة الثانية من المادة (858) من التقنين الحالي.

انظر المذكرة الإيضاحية للفقرة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م

1229/ 2) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 163).

والسند الشرعي للمادة المقترحة: تلك القاعدة التي تقضي بأن الغرم بالغنم، فمن ينل نفع شيء يتحمل تكاليفه.

مادة (866): علىٰ كل مالك القيام بما يلزم من إصلاحات في الطبقة أو الشقة التي يملكها، إذا كان يترتب علىٰ عدم القيام بها ضرر لغيره من الملاك.

هذه المادة مستحدثة.

ويورد حكمها قيدًا علىٰ حرية المالك في أن يصلح الخلل الذي يطرأ في الطبقة أو الشقة التي يملكها في الدار أو لا يصلحه، وذلك نظرًا إلىٰ الوضع الخاص بملكيته للطبقة أو للشقة في الدار؛ حيث يفرض هذا الوضع علىٰ المالك أن يقوم بما يلزم في ملكه من إصلاح؛ لتلافي الضرر الذي يلحق مالكًا آخر من جراء عدم القيام بهذا الإصلاح.

كما لو حصل خلل في المواسير الموجودة داخل دورة المياه، فأدىٰ هذا إلىٰ تسرب المياه في داخل أرضية الدورة، حتىٰ نفذت إلىٰ سقف الشقة السلفي، فأتلفته وأخذت تتساقط إلىٰ داخل هذه الشقة، وهذا مثل كثيرًا ما يتحقق في الحياه العملية، فيؤدي إلىٰ نزاع بين شاغلي الأماكن السفلىٰ وشاغلي الأماكن العليا، سواء كانوا ملاكًا أو مستأجرين.

ومن الواضح أن حكم المادة المقترحة يمكن الوصول إليه في ضوء القواعد العامة، التي تقضي بمسئولية الشخص عن كل فعل ضار يصدر منه، ولو كان هذا الفعل عملًا سلبيًّا، ولكن رئي مع ذلك النص علىٰ التزام المالك بالقيام بالإصلاح اللازم لتلافي الضرر الذي يلحق بغيره من الملاك إذا تراخىٰ عن إجرائه، تأكيدًا لهذا الواجب.

والسند الشرعي للمادة المقترحة: تلك القاعدة العامة التي تقضي بأن كل فعل سبب ضررًا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض، ولو كان غير مميز (م 169 من المشروع)؛ حيث يتفرع عن هذه القاعدة العامة عدة قواعد تقضي بألا ضرر ولا ضرار (م 19 من المجلة)، وأن الضرر يزال (م 20 من المجلة)، وأن الضرر يدفع بقدر الإمكان (21 من المجلة).

اتحاد الملاك:

مادة (867):

1- يقوم بين ملاك طبقات الدار أو شققها اتحاد بحكم القانون، إذا زادت هذه الطبقات أو الشقق علىٰ خمس وزاد ملاكها علىٰ خمسة أشخاص، وتعتبر الطبقة أو الشقة في تطبيق هذا الحكم لمالك واحد، ولو تعدد ملاكها.

2- وتكون للاتحاد شخصية اعتبارية من تاريخ شهره.

هذه المادة تقابل (862) من التقنين الحالي، وتتفق مع المادة (73) فقرة أولىٰ من القانون رقم (49) لسنة 1977 في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر.

فالمادة (862) من التقنين الحالي تنص على ما يأتي:

«1- حيثما وجدت ملكية مشتركة لعقار مقسم إلىٰ طبقات أو شقق - جاز للملاك أن يكوِّنوا اتحادًا فيما بينهم.

2- ويجوز أن يكون الغرض من تكوين الاتحاد بناء العقارات أو مشتراها لتوزيع ملكية أجزائها علىٰ أعضائها».

والمادة (73) من القانون رقم (49) لسنة 1977 تنص على ما يأتي:

«إذا زادت طبقات المبنىٰ أو شققه علىٰ خمس، وجاوز عدد ملاكها خمسة أشخاص - قام بقوة القانون اتحاد الملاك المنصوص عليه في المادة (862) من القانون المدني. وفي تطبيق هذا الحكم يعتبر مالك الطبقة أو الشقة الواحدة مالكًا واحدًا ولو تعددوا.

ويكون البائع للعقار بالتقسيط عضوًا في الاتحاد حتىٰ تمام الوفاء بكامل أقساط الثمن، كما يكون المشتري بعقد غير مسجل عضوًا في الاتحاد».

وتتفق أحكام الفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة مع أحكام المادة (73) فقرة أولىٰ من القانون رقم (49) لسنة 1977؛ حيث يكون تكوين اتحاد الملاك وجوبيًّا بحكم القانون، إذا زادت طبقات الدار أو شققها علىٰ خمس، وزاد ملاكها علىٰ خمسة

أشخاص. وفي تطبيق هذا الحكم تعتبر الطبقة أو الشقة لمالك واحد، ولو تعدد ملاكها.

أما إذا لم تزد طبقات الدار أو شققها علىٰ خمس، أو لم يزد ملاكها علىٰ خمسة أشخاص - فإن تكوين الاتحاد يكون جوازيًّا.

وقد جعل الشارع في التقنين الحالي تكوين هذا الاتحاد جوازيًّا لا إجباريًّا، وذلك في الوقت الذي لم تكن فيه ملكية الطبقات أو الشقق قد بلغت من الانتشار ما بلغت في الوقت الحالي. أما الآن فقد وصلت هذه الملكية إلىٰ درجة كبيرة من الكثرة، وذلك بسبب استمرار أزمة المساكن واستفحالها، وتزايد السكان تزايدًا مضطردًا سريعًا، الأمر الذي يوجب معالجتها بحلول تفي بمقتضياتها، ومن ذلك وجوب قيام اتحاد بين الملاك يتعاونون فيه علىٰ كل ما تستوجبه مصالحهم المشتركة في البناء.

وتنص الفقرة الثانية من المادة المقترحة علىٰ أن: اتحاد الملاك تكون له شخصية اعتبارية من تاريخ شهره؛ إذ إن الاتحاد في حقيقته جمعية تضم جميع ملاك الطبقات أو الشقق في بناء واحد، وقد تكونت لغرض غيرالحصول علىٰ ربح مادي، وهذا الغرض هو إدارة الأجزاء المشتركة في البناء، والقيام بما يلزم لمصلحة الملاك في مجموعهم (انظر المادة الأولىٰ من القانون رقم (32) لسنة 1964 بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة)، ولذلك فإنه من المسلم به في ظل التقنين الحالي أن لاتحاد الملاك شخصية اعتبارية، لكن الاتحاد يخضع لتنظيم مختلف عن تنظيم الجمعيات.

وقد رئي عدم الأخذ بما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة (862) من التقنين الحالي المذكورة، التي تجيز أن يكون الغرض من تكوين الاتحاد بناء العقارات أو مشتراها وتوزيع ملكية أجزائها علىٰ أعضائها؛ إذ إن مثل هذا الاتحاد لا يكون اتحاد ملاك يقصد منه إلىٰ ضمان حسن الانتفاع بالعقار وإدارته، وإنما يهدف إلىٰ غرض غير ذلك، ومن ثم لا تسري عليه القواعد الخاصة باتحاد الملاك، فإذا رغبت جماعة من الأشخاص في القيام بعمل مشترك بقصد بناء العقارات أو مشتراها لتوزيع أجزائها علىٰ الأعضاء - فما عليهم إلا أن يكوِّنوا جمعية تعاونية تخضع لأحكام الجمعيات التعاونية، أو يكوِّنوا شركة تخضع لأحكام الشركات.

والمادة المقترحة تقابل المادة (859) من التقنين الكويتي.

والسند الشرعي لها: أنها تتضمن أحكامًا تنظيمية يراد منها المحافظة علىٰ مصالح الأعضاء، وضمان حسن سير العمل فيما بينهم.

مادة (868):

1- لا تكون اجتماعات الجمعية العمومية للاتحاد صحيحة إلا إذا دعي إليها جميع الملاك بدعوة تسلم إليهم، أو من ينوب عنهم باليد مع توقيعهم بما يفيد التسلم، وحضرها من يملكون علىٰ الأقل ستين في المائة من قيمة الدار، أو من ينوب عنهم. وإذا تعدد ملاك إحدىٰ وحدات الدار، ناب عنهم من يختارونه لتمثيلهم، فإذا تعذر اتفاقهم، يعين من ينوب عنهم بأمر يصدر من رئيس المحكمة الابتدائية الكائنة في دائرتها الدار؛ بناءً علىٰ طلب أحد الشركاء.

2- فإذا لم يتوافر النصاب اللازم لصحة الاجتماع، أعيد عقده بناءً علىٰ دعوة ثانية خلال خمسة عشر يومًا تبدأ من اليوم التالي، ويعتبر الاجتماع صحيحًا أيًّا كان عدد الحاضرين.

3- وتنعقد الجمعية العمومية بناءً علىٰ دعوة من مدير الاتحاد، أو من عدد من الملاك يملكون علىٰ الأقل عشرين في المائة من قيمة الدار، أو من الوحدة المحلية المختصة.

هذه المادة مأخوذة من المواد (10 و11و 14 و15 و16 و17) من قرار وزير الإسكان رقم (109) لسنة 1979، بإصدار النظام النموذجي لاتحاد الملاك، وهي تنص علىٰ ما يأتي:

المادة (10): لملاك الشقة أو الطبقة - في حالة تعددهم - أن يختاروا من يمثلهم في عضوية الاتحاد، فإن تعذر اتفاقهم، يعين من يمثلهم بأمر يصدر من رئيس المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها العقار طبقًا لأحكام المادة (11).

المادة (11): لبائعي العقار بالتقسيط - في حالة تعددهم - أن يختاروا من يمثلهم في عضوية الاتحاد، فإن تعذر اتفاقهم، يعين من يمثلهم بأمر يصدر من رئيس المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها العقار، بناءً علىٰ طلب أحد الشركاء بعد إعلان الملاك الآخرين

لسماع أقوالهم.

المادة (14): تتكون الجمعية العمومية للاتحاد من جميع أعضائه، ويحضر مأمور الاتحاد جلسات الجمعية العمومية، ولو كان من غير أعضاء الاتحاد، وفي هذه الحالة يكون له حق المناقشات والاقتراح دون التصويت.

المادة (15): تدعىٰ الجمعية العمومية للانعقاد بناءً علىٰ طلب مأمور الاتحاد، أو بناءً علىٰ طلب عدد من الأعضاء يملكون 20٪ علىٰ الأقل من وحدات العقار، أو بناءً علىٰ طلب الوحدة المحلية المختصة.

ويجب أن تسلم الدعوة لأعضاء الاتحاد أو من يمثلونهم قانونًا باليد مع توقيعهم بما يفيد التسليم، وذلك قبل موعد الانعقاد بأسبوع علىٰ الأقل، ويعلن عنها بمدخل العقار، ويحدد في الدعوة جدول الأعمال، ومكان الانعقاد وموعده.

المادة (16): لعضو الاتحاد أن يحضر الجمعية العمومية بنفسه، أو ينيب عنه عضوًا آخر بتوكيل عرفي مكتوب، ولا يجوز للعضو أن ينوب عن أكثر من عضو واحد. علىٰ أنه يجوز لممثل ملاك الطبقة أو الشقة، أو لممثل بائعي العقار بالتقسيط - أن ينيب عنه أحد شركائه في الشقة أو الوحدة أو العقار.

المادة (17): فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون أو في هذا النظام، لا يكون انعقاد الجمعية العمومية صحيحًا إلا بحضور مالكي 60٪ علىٰ الأقل من الأنصبة في العقار، فإذا لم يتوافر هذا النصاب في الاجتماع، انعقدت الجمعية العمومية بناءً علىٰ دعوة ثانية خلال الخمسة عشر يومًا التالية، ويعتبر اجتماعها الثاني صحيحًا أيًّا كان عدد الأعضاء الحاضرين وأيًّا كانت ملكياتهم.

وعليه فالمادة المقترحة تحدد الشروط الواجب توافرها لصحة اجتماعات الجمعية العمومية للاتحاد، من حيث الأشخاص الذي يحق لهم الدعوة إلىٰ الاجتماع، وطريقة الدعوة، والنصاب اللازم لصحة الاجتماع، يضاف إلىٰ ذلك ما يزيد عليه في المواد المذكورة من قرار وزير الإسكان رقم (109) لسنة 1979، بإصدار النظام النموذجي لاتحاد الملاك.

والسند الشرعي لها أنها تتضمن قواعد تنظيمية لكفالة حسن سير العمل في اتحاد

الملاك، والمحافظة علىٰ حقوق هؤلاء.

مادة (869): تصدر قرارات الجمعية العمومية للاتحاد بأغلبية أصوات الحاضرين محسوبة علىٰ أساس قيمة الأنصباء، ما لم يكن هناك نص في القانون أو في نظام الاتحاد يقضي بغير ذلك.

هذه المادة تتفق مع المادة (18) من قرار وزير الإسكان رقم (109) لسنة 1979 التي تنص علىٰ ما يأتي: «مع مراعاة ما ورد بشأنه نص خاص في القانون أو في هذا النظام، تصدر قرارات الجمعية العمومية من أغلبية أصوات الحاضرين محسوبة علىٰ أساس قيمة الأنصباء».

فالمادة المقترحة تنص علىٰ القاعدة فيما يتعلق بالأغلبية اللازمة لاتخاذ القرارات التي تصدرها الجمعية العمومية للاتحاد، حيث يتخذ هذه القرارات بأغلبية أصوات الحاضرين محسوبة علىٰ أساس ما يملكونه في الدار، وذلك ما لم يكن هناك نص في القانون أو في نظام الاتحاد يقضي بأغلبية أخرىٰ لاتخاذ القرار.

والسند الشرعي لها: أنها تتضمن قواعد تنظيمية تحدد الأغلبية اللازمة لاتخاذ القرار.

مادة (870):

1- تختص الجمعية العمومية بكل ما يتعلق بإدارة واستغلال الأجزاء المشتركة من الدار، وعلىٰ الأخص وضع نظام يبين كيفية استعمال هذه الأجزاء وإدارتها وتعديلها، وبيع الدار أو تجديدها في حالة الهلاك، وتوزيع النفقات بين الملاك.
ويوضع هذا النظام بأغلبية الملاك محسوبة علىٰ أساس قيمة الأنصباء، ويسري علىٰ جميع الملاك وخلفائهم، سواء كان الخلف عامًّا أو خاصًّا.

3- ولا يجوز أن يتضمن هذا النظام ما ينتقص من حقوق كل مالك كما هي محددة في سندات الملك، أو من قدر الأغلبية المتطلبة لاتخاذ قرارات الجمعية العمومية.

الفقرة الأولىٰ من هذه المادة تقابل المادة (863) من التقنين الحالي، والمادة (20) من قرار وزير الإسكان رقم (109) لسنة (1979)، فالمادة (863) من التقنين الحالي تنص علىٰ ما يأتي: «للاتحاد أن يضع بموافقة جميع الأعضاء نظامًا لضمان حسن الانتفاع بالعقار المشترك وحسن إدارته».

والمادة (20) من قرار وزير الإسكان رقم (109) لسنة 1979 تنص على ما يأتي:

«تختص الجمعية العمومية بكل ما يتعلق بإدارة واستغلال الأجزاء المشتركة من العقار، ولها علىٰ الأخص ما يأتي:

1- التصديق علىٰ نظام الاتحاد، وتعديله كلما دعت الحاجة إلىٰ ذلك.

2- تعيين مأمور الاتحاد وعزله.

3- تقرير أجر مأموري الاتحاد وتحديد هذا الأجر في حالة تقريره.

4- الموافقة علىٰ أجزاء تأمين مشترك من الأخطار التي تهدد العقار.

5- الموافقة علىٰ إجراء أية أعمال أو تركيبات مما يترتب عليه زيادة في قيمة العقار كله أو بعضه.

6- تحديد الشروط والتعويضات والالتزامات التي تفرض علىٰ الأعضاء.

7- تحديد الإجراءات اللازم اتخاذها لمواجهة حالة هلاك العقار بحريق أو بسبب آخر، وتحديد ما يفرض علىٰ الأعضاء من التزامات لتجديده.

8- تحديد الاشتراكات التي يؤديها الأعضاء لمواجهة مصاريف الاتحاد.

9- النظر في الشكاوىٰ والتظلمات التي تقدم من ذوي الشأن.

10- تعيين حراس العقار والبوابين وغيرهم من العاملين به وتحديد أجورهم ومكافآتهم، ويجوز أن يفوض مأمور الاتحاد في هذا الاختصاص.

11- منح قروض للأعضاء لتمكينهم من القيام بالتزاماتهم.

12- تنظيم استخدام الأجزاء المشتركة في العقار.

13- إقرار الموازنة التقديرية للاتحاد.

14- التصديق علىٰ الحساب الختامي للاتحاد.

15- فض المنازعات التي تنشأ بين الأعضاء وبعضهم بسبب يتعلق بملكيتهم

المشتركة في العقار.

16 - تصفية الاتحاد عند انقضائه.

وقد رئي أن يخص بالذكر في الفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة أهم ما تختص به الجمعية العمومية للاتحاد؛ إذ إن ما ذكر من الأمور التي تختص بها الجمعية العمومية، سواء في هذه الفقرة أو في المادة (20) من قرار وزير الإسكان السالف ذكره - لم يرد علىٰ سبيل الحصر، كما أن هذه الأمور وغيرها تشمها العبارة التي وردت في صدر النص، والتي تقضي باختصاص الجمعية العمومية بكل ما يتعلق بإدارة واستغلال الأجزاء المشتركة في الدار.

كذلك رئي أن يكون وضع الجمعية العمومية لنظام الاتحاد بأغلبية الملاك محسوبًا علىٰ أساس قيمة الأنصباء. وذلك نظرًا إلىٰ أن هذا النظام لا يقتصر علىٰ أعمال الإدارة المعتادة، بل يشمل كذلك أعمال الإدارة غير المعتادة كالتعديل في الأجزاء المشتركة وتجديد البناء.

كما نص علىٰ سريان هذا النظام علىٰ جميع الملاك وخلفائهم، سواء كان الخلف عامًّا أو خاصًّا. وسريان هذا النظام في حق الخلف الخاص كان منصوصًا عليه في المادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1232/ 2)، ولكن حذفته لجنة المراجعة دون أن تذكر سببًا لحذفه (مجموعة الأعمال التحضيرية، ج 6/ ص 171)، وهو علىٰ كل حال تطبيق للقاعدة التي تقضي بسريان عقود السلف في حق الخلف الخاص، متىٰ كانت الحقوق والالتزامات الناشئة من العقد تعتبر من مستلزمات الشيء الذي انتقل إلىٰ الخلف الخاص (م 145 من المشروع).

والفقرة الثانية من المادة المقترحة مستحدثة، وبمقتضاها لا يجوز أن يتضمن النظام الذي تضعه الأغلبية المذكورة قيودًا علىٰ حقوق المالك التي حددها سند الملك، سواء في الأجزاء المقررة أو المشتركة، كأن يفرض علىٰ المالك ألا يستعمل شقته مكتبًا، أو ألا يستعمل المصعد في النزول.

وقد نصت المادة الثامنة فقرة ثانية من القانون الفرنسي الصادر في سنة (1965)، علىٰ أنه لا يجوز أن تفرض في النظام قيود علىٰ ملكية الأجزاء المقررة أو المشتركة لا يبرها

تخصيص هذه الأجزاء أو موقعها، كذلك لا يجوز أن يتضمن هذا النظام انتقاصًا من قدر الأغلبية التي يتطلبها القانون في القرارات التي تتخذها الجمعية العمومية، كأن يجيز اتخاذ قرار بأغلبية الحاضرين في شأن تعلية الدور. والمادة المقترحة تقابل المادة (835) من التقنين الكويتي.

والسند الشرعي لها: أنها تتضمن قواعد تنظيمية الهدف، منها: تحقيق مصالح معتبرة للملاك.

مادة (871): تكون قرارات الجمعية العمومية ملزمة لجميع الملاك، غير أنه يجوز الطعن فيها أمام القضاء خلال ثلاثين يومًا تحسب من تاريخ صدور القرار بالنسبة إلىٰ من خالف منهم، ومن تاريخ إخطاره بكتاب موصىٰ عليه، مصحوب بعلم وصول بالنسبة إلىٰ من تغيب، ولا يقف تنفيذ القرار إلا بأمر من المحكمة.

هذه المادة مستحدثة، وهي مستمدة من المادة (1137) من التقنين الإيطالي الصادر في سنة 1942.

وقد رئي النص علىٰ حكمها لتوفير أكبر حماية ممكنة لمصالح الملاك الذين يضارون من قرار تصدره الجمعية العمومية ويكون منطويًا علىٰ تعسف في استعمال السلطة، فيكون علىٰ القاضي أن يتبين وجه المصلحة في القرار المطعون فيه، وأن يوازن بين المنفعة التي تعود علىٰ فريق من الملاك والضرر الذي يلحق بفريق آخر، وأن يخلص من هذا التقدير إلىٰ الموافقة علىٰ القرار أو إلغائه.

وهذا الحكم يقبله الفقه الإسلامي، حيث تنهض به المبادئ العامة التي تحكم الشريعة الإسلامية، فتقضي برعاية مصالح الناس ودفع الضرر عنهم.

مادة (872):

1- للجمعية العمومية أن تقرر ما تراه من تعديل في الأجزاء المشتركة، وذلك بأغلبية الملاك محسوبة علىٰ أساس قيمة الأنصباء، ويشترط أن يكون من شأن هذا التعديل تحسين الانتفاع بهذه الأجزاء دون الإضرار بأي من الملاك.

2- ولها - بهذه الأغلبية - أن تأذن في إجراء أي أعمال أو تركيبات مما يترتب عليها

زيادة في قيمة العقار كله أو بعضه، وذلك علىٰ نفقة من يطلب من الملاك، وبما تضعه الجمعية من شروط، وما تفرضه من تعويضات والتزامات أخرىٰ لمصلحة الملاك.

هذه المادة تقابل الشطر الثاني من المادة (865) من التقنين الحالي، التي تنص علىٰ ما يأتي: «للاتحاد - بأغلبية الأصوات المنصوص عليها في المادة السابقة - أن يفرض أي تأمين مشترك من الأخطار التي تهدد العقار أو الشركاء في جملتهم، وله أن يأذن في إجراء أية أعمال أو تركيبات، مما يترتب عليه زيادة في قيمة العقار كله أو بعضه، وذلك علىٰ نفقة من يطلب من الملاك، وبما يضعه الاتحاد من شروط، وما يفرضه من تعويضات والتزامات أخرىٰ لمصلحة الشركاء».

وتقابل المادة (27) فقرة ثانية من قرار وزير الإسكان رقم (109) لسنة (1979) التي تنص علىٰ ما يأتي: «ولا يجوز إحداث أي تعديل في الأجزاء المشتركة في العقار بغير موافقة الجمعية العمومية للاتحاد ولو عند تجديد البناء، إلا إذا كان التعديل يقوم به أحد الأعضاء علىٰ نفقته الخاصة، ويكون من شأنه أن يسهل استعمال تلك الأجزاء دون أن يغير من تخصيصها أو يلحق الضرر بالأعضاء الآخرين».

وقد رئي في المادة المقترحة التمييز بين نوعين من الأعمال:

النوع الأول: تتناوله الفقرة الأولىٰ من هذه المادة، وهو التعديل في الأجزاء المشتركة التي تقرره الجمعية العمومية من تلقاء نفسها، حيث يشترط في هذا التعديل أن يكون من شأنه تحسين الانتفاع بهذه الأجزاء دون الإضرار بأي من الملاك، كأن تستبدل بآلة رفع المياه آلة أخرىٰ أقوىٰ منها، أو يستبدل بالأنابيب الرئيسة التي تستقبل المياه أنابيب أخرىٰ أوسع منها.

والنوع الثاني: تتناوله الفقرة الثانية، وهو الأعمال أو التركيبات التي يطلبها أحد الملاك، ويترتب عليها زيادة في قيمة العقار كله أو بعضه، كإقامة مصعد، حيث يشترط أن تكون علىٰ نفقة من يطلبها من الملاك، وأن تخضع لما تضعه الجمعية من شروط وما تفرضه من تعويضات والتزامات أخرىٰ لمصلحة الملاك.

وسواء في هذا النوع أو ذاك، فإن القرار يجب أن يصدر بأغلبية الملاك محسوبة علىٰ أساس قيمة الأنصباء.

وحكم المادة المقترحة يقبله الفقه الإسلامي؛ لأنه من ناحية يتضمن قواعد تنظيمية تهدف إلىٰ المحافظة علىٰ مصالح الملاك، ومن ناحية أخرىٰ يبين سلطة الجمعية العمومية للاتحاد في تقرير القيام بأعمال تعود بالنفع علىٰ هؤلاء الملاك.

مادة (873): للجمعية العمومية بأغلبية الحاضرين محسوبة علىٰ أساس قيمة الأنصباء – أن تقرر أي تأمين مشترك من الأخطار التي تهدد العقار أو الملاك في جملتهم.

هذه المادة تقابل الشطر الأول من المادة (865) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «للاتحاد بأغلبية الأصوات المنصوص عليها في المادة السابقة – أن يفرض أي تأمين مشترك من الأخطار التي تهدد العقار أو الشركاء في جملتهم، وله أن يأذن في إجراء أية أعمال أو تركيبات مما يترتب عليها زيادة في قيمة العقار كله أو بعضه، وذلك علىٰ نفقة من يطلب من الملاك، وبما يضعه الاتحاد من شروط، وما يفرضه من تعويضات والتزامات أخرىٰ لمصلحة الملاك».

وقد رئي في المادة المقترحة الاكتفاء بأن تكون الأغلبية المطلوبة لإصدار القرار هي أغلبية الحاضرين محسوبة علىٰ أساس قيمة الأنصباء، ذلك أن التأمين من الخطر الذي يهدد العقار، كالتأمين من خطر الحريق أو الحرب أو أعمال العنف، وكذلك التأمين من الخطر الذي يهدد الملاك في مجموعهم، كالتأمين من خطر الحوادث التي تنجم عن المصعد، سواء كان تأمينًا عن المسئولية أو تأمينًا من الأضرار – يعتبر من أعمال الإدارة المعتادة، فتكفي فيه الأغلبية المذكورة.

وحكم المادة المقترحة يقبله الفقه الإسلامي؛ لأنه يبين سلطة الجمعية العمومية للاتحاد في تقرير القيام بأعمال تعود بالنفع علىٰ الملاك.

مادة (874): للجمعية العمومية بأغلبية الملاك محسوبة علىٰ أساس قيمة

الأنصباء - أن تمنح أحد الملاك قرضًا لتمكينه من القيام بالتزاماته، ويكون هذا القرض مضمونًا بامتياز علىٰ الطبقة أو الشقة التي يملكها العضو، وعلىٰ حصته الشائعة في الأجزاء المشتركة من العقار. وتحسب مرتبة هذا الامتياز من يوم قيده.

هذه المادة تقابل المادة (869) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- كل قرض يمنحه الاتحاد أحد الشركاء، لتمكينه من القيام بالتزامه - يكون مضمونًا بامتياز علىٰ الجزء المفرز الذي يملكه وعلىٰ حصته الشائعة في الأجزاء المشتركة من العقار.

2- وتحسب مرتبة هذا الامتياز من يوم قيده».

وتقابل المادة (29) من قرار وزير الإسكان رقم (109) لسنة (1979) التي تنص علىٰ ما يأتي:

«يجوز للجمعية العمومية للاتحاد أن تمنح قرضًا لمن يعجز من الأعضاء عن دفع حصته في نفقات تجديد العقار، أو القيام بالتزاماته الناشئة عن اشتراكه في ملكية الأجزاء المشتركة، أو تلك الناشئة عن تلاصق ملكيته الخاصة بملكية غيره من الأعضاء، وذلك لتمكينه من أداء هذه الالتزامات.

ويكون هذا القرض مضمونًا بامتياز علىٰ الجزء المفرز الذي يملكه، وعلىٰ حصته الشائعة في الأجزاء المشتركة في العقار، وتحسب مرتبة الامتياز من يوم قيده، وذلك طبقًا لحكم المادة (869) من القانون المدني».

وقد أضيف إلىٰ حكم هاتين المادتين بيان الأغلبية اللازمة لمنح أحد الملاك قرضًا لتمكينه من القيام بالتزاماته، وهي أغلبية الملاك محسوبة علىٰ أساس قيمة الأنصباء؛ لأن الإقراض يعتبر من أعمال التصرف.

انظر: المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م1238) من مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 184).

ويحبذ الفقه الإسلامي حكم المادة المقترحة في تخويله الجمعية العمومية للاتحاد سلطة إقراض أحد الملاك لتمكينه من القيام بالتزاماته؛ لأن القرض في الشريعة

الإسلامية لا يعتبر وسيلة من وسائل الكسب والربح المادي، وإنما هو وسيلة من وسائل التعاون علىٰ البر والمعروف، وقربة يتقرب بها إلىٰ الله تعالىٰ.

أما أن يكون هذا القرض مضمونًا بامتياز علىٰ ما يملكه العضو، فهذا من قبيل القواعد التنظيمية التي يقصد بها المحافظة علىٰ مصالح الملاك، وهو ما يقره الفقه الإسلامي.

مادة (875): للجمعية العمومية بأغلبية الملاك محسوبة علىٰ أساس قيمة الأنصباء - أن تأذن في تعلية الدار، إذا كانت تتحمل التعلية، ولم يكن فيها إضرار بشكل البناء أو انتقاص كبير من انتفاع الطبقات السفلىٰ بالضوء أو الهواء.

هذه المادة مستحدثة، وهي تقابل الفقرتين الثانية والثالثة من المادة (1127) من التقنين الإيطالي الصادر في سنة 1942.

2- ويجوز عزله بقرار تتوافر فيه الأغلبية المشار إليها في المادة (864)، أو بأمر يصدر من رئيس المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها العقار بعد إعلان الشركاء لسماع أقوالهم في هذا العزل»[1].

وقد نصت المادة (21) من قرار وزير الإسكان رقم (109) لسنة (1979) علىٰ ما يأتي: «يعين المأمور بقرار من الجمعية العمومية، ويجوز أن يتضمن قرار التعيين تحديد أجر له».

والمادة المقترحة تقابل المادة (871) من التقنين الكويتي.

والسند الشرعي لها: أن أحكامها من قبيل القواعد التنظيمية، التي يقصد بها كفالة حسن سير العمل في الاتحاد لصالح الملاك.

مادة (878): يتولىٰ المدير تنفيذ قرارات الجمعية العمومية للاتحاد، والعمل علىٰ احترام نظامه، والإشراف علىٰ أعماله في النواحي الإدارية والمالية، وتنظيم الانتفاع بالأجزاء المشتركة، واقتضاء أنصبة الملاك في النفقات، والقيام بما يلزم لحفظ الأجزاء

(1) سقطت المادتان (876، 877) وهذه تكملة شرح المادة (877).

المشتركة وحراستها وصيانتها، وعليه أن يقدم إلىٰ الجمعية العمومية كل سنة حسابًا علىٰ إدارته.

هذه المادة تقابل الشق الثاني من الفقرة الأولىٰ للمادة (866) من التقنين الحالي، التي تنص علىٰ ما يأتي: «... وعلىٰ المأمور إذا اقتضىٰ الحال أن يقوم من تلقاء نفسه بما يلزم لحفظ جميع الأجزاء المشتركة وحراستها وصيانتها، وله أن يطالب كل ذوي شأن بتنفيذ هذه الالتزامات، كل هذا ما لم يوجد في نظام الاتحاد ما يخالفه».

وتقابل المادتين (22) و(23) من قرار وزير الإسكان رقم (109) لسنة 1979:

مادة (22): «اختصاصات المأمور:

يتولىٰ مأمور الاتحاد:

(1) قيد الاتحاد ما لم يكن قد سبق قيده.

(2) تنفيذ قرارات الجمعية العمومية.

(3) الإشراف علىٰ أعمال الاتحاد في النواحي الإدارية والمالية.

(4) الإشراف علىٰ أعمال البوابين والحراس وغيرهم من العاملين بالعقار.

(5) إعداد ميزانية تقديرية للاتحاد تشمل تحديد أوجه الإنفاق المطلوبة خلال السنة المالية ومصادر التمويل المقترحة.

(6) اقتراح الاشتراكات الشهرية أو السنوية التي يؤديها أعضاء الاتحاد لمواجهة مصروفاته.

(7) إعداد حساب ختامي في نهاية كل سنة مالية يبين فيه ما تم إنفاقه من مصروفات الاتحاد وأوجه الإنفاق.

(8) تمثيل الاتحاد أمام الغير وأمام القضاء حتىٰ في مخاصمة أي من الأعضاء».

مادة (23): «اختصاص المأمور في الأحوال العاجلة:

لمأمور الاتحاد في الأحوال العاجلة أن يقوم من تلقاء نفسه بما يلزم لحفظ جميع الأجزاء المشتركة وحراستها وصيانتها، ويعرض الأمر علىٰ الجمعية العمومية في أول اجتماع تالٍ لإقرار ما تم».

وجميع ما نصت عليه هاتان المادتان من واجبات تقع علىٰ عاتق مدير الاتحاد تشمله المادة المقترحة.

هذا، وقد خولت المادة (75) من القانون رقم (49) لسنة (1977) الوحدة المحلية المختصة: «تعيين مأمور مؤقت للاتحاد إلىٰ أن يتم اختياره أو تعيينه وفقًا لأحكام القانون المدني». وبناءً علىٰ ذلك حدد قرار وزير الإسكان رقم (109) لسنة 1979 اختصاصات المأمور المؤقت في المواد (33 و34 و35) من هذا القرار:

مادة (33): «المأمور المؤقت:

يتولىٰ المأمور المؤقت سلطات مأموري الاتحاد إلىٰ أن يتم تعيينه، وله علىٰ الأخص:

1- اتخاذ إجراءات قيد الاتحاد في الوحدة المحلية المختصة.

2- إعداد النظام القانوني للاتحاد.

3- **دعوة أول جمعية عمومية للاتحاد للنظر في:**

(أ) التصديق علىٰ نظام الاتحاد.

(ب) تعيين مأمور للاتحاد».

مادة (34): «إجراءات قيد الاتحاد:

علىٰ المأمور المؤقت أن يطلب من الوحدة المحلية المختصة قيد الاتحاد، وذلك خلال أسبوعين من تاريخ تعيينه، ويتضمن طلب القيد أوصاف العقار وأسماء الملاك وأنصباءهم، والبائع بالتقسيط إن وجد».

مادة (35): «إجراءات استصدار نظام الاتحاد:

علىٰ المأمور المؤقت أن يدعو الجمعية للانعقاد خلال شهرين علىٰ الأكثر من تاريخ قيد الاتحاد، وذلك للتصديق علىٰ نظام الاتحاد».

والمادة المقترحة تقابل المادة (873) من التقنين الكويتي.

والسند الشرعي لها أن حكمها يتضمن الواجبات التي تقع علىٰ عاتق مدير الاتحاد، وهذا من شأنه بيان مدىٰ مسئولية مدير الاتحاد، الأمر الذي يتفق مع مصلحة الملاك.

مادة (879): يكون المدير في مباشرة سلطاته نائبًا عن الملاك، وله حق التقاضي في ذلك، سواء أكان الخصوم من الغير أو من الملاك أنفسهم.

هذه المادة تقابل الفقرة الثانية من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «ويمثل المأمور الاتحاد أمام القضاء، حتىٰ في مخاصمة الملاك إذا اقتضىٰ الأمر».

وتقابل البند (8) من المادة (22) من قرار وزير الإسكان رقم (109) لسنة 1979 الذي يجعل من اختصاصات مأمور الاتحاد: «تمثيل الاتحاد أمام الغير وأمام القضاء حتىٰ في مخاصمة أي من الأعضاء».

وبمقتضىٰ النص المقترح، فإن المدير يعتبر نائبًا عن الملاك بحكم القانون، فهو نائب قانوني لا يحتاج إلىٰ توكيل من الملاك، ولما كان الاتحاد شخصًا اعتباريًّا مستقلًّا عن أشخاص أعضائه، فقد يقاضي الاتحاد شخصًا من الغير، وقد يقاضي أحد الأعضاء مطالبًا إياه بتنفيذ التزاماته، وقد يقاضيه أحد الأعضاء طاعنًا في قراراته، وفي جميع هذه الأحوال يمثل المدير الاتحاد، ويعتبر نائبًا عن الملاك.

والمادة المقترحة تقابل المادة (872) من التقنين الكويتي.

وأحكامها تقابلها قواعد الوكالة في الفقه الإسلامي (م 1449 وما بعدها من المجلة).

مادة (880):

1- يجوز إنشاء مجلس لإدارة الاتحاد، فإذا لم ينص نظام الاتحاد علىٰ إنشاء مجلس للإدارة - جاز للجمعية العمومية بأغلبية الملاك محسوبة علىٰ أساس قيمة الأنصباء أن تقرر إنشاء هذا المجلس.

2- يتولىٰ مجلس الإدارة مساعدة المدير والرقابة علىٰ أعماله والقيام بما تكلفه به الجمعية العمومية، وإذا نظر في أمر من أمور الإدارة، كان قراره فيه ملزمًا للمدير.

هذه المادة مستحدثة، وهي مقتبسة من القانون الفرنسي الصادر في سنة 1965.

ويتضح منها أن إنشاء مجلس للإدارة أمر جوازي، فوجود هذا المجلس يفيد كثيرًا

في حسن الإدارة إذا كان البناء كبيرًا بحيث يشتمل علىٰ عدد كبير من الطبقات أو الشقق، وقد لا يلزم إنشاؤه إذا كان البناء صغيرًا.

فإذا نص نظام الاتحاد علىٰ إنشاء مجلس للإدارة، وجب إنشاء هذا المجلس، وإذا لم ينص نظام الاتحاد علىٰ ذلك، جاز للجمعية العمومية بأغلبية الملاك محسوبة علىٰ أساس قيمة الأنصباء - أن تقرر إنشاء هذا المجلس.

ويتولى مجلس الإدارة المهام الآتية:

1- فهو يساعد المدير، فيبدي رأيه في الأعمال التي يختص بها المدير، سواء كان ذلك من تلقاء نفسه أو بناءً علىٰ طلب المدير، كأن يبدي رأيه في عقد يزمع المدير إبرامه مع مقاول أو محامٍ، أو يثير علىٰ المدير باتخاذ إجراء معين في خصوص جزء من الأجزاء المشتركة كتركيب مصعد أو تغيير نظام التكييف.

2- ويراقب أعمال المدير، فله في سبيل ذلك أن يطلع علىٰ الأوراق المتعلقة بأعمال المدير، ولا سيما دفاتر الحسابات، كما أن له أن يقدم تقريرًا للاتحاد برأيه في أعمال المدير.

3- ويقوم بالأعمال التي يكلفه بها الاتحاد، كأن يفوضه الاتحاد في اعتماد الحسابات التي يقدمها المدير.

4- وإذا نظر في أمر من أمور الإدارة، كان قراره في هذا الأمر ملزمًا للمدير، فيتعين علىٰ المدير أن يتصرف وفقًا لما قرره المجلس.

والمادة المقترحة تقابل المادة (874) من التقنين الكويتي.

والسند الشرعي لها أن أحكامها من قبيل القواعد التنظيمية التي تكفل حسن سير العمل في الاتحاد، وبالتالي تحقيق مصالح الملاك.

مادة (881): الأحكام المتعلقة باتحاد الملاك التي لم يرد ذكرها في هذا القانون - تنظمها القوانين الخاصة والقرارات الصادرة وفقًا لهذه القوانين.

هذه المادة مستحدثة.

وعلة ورودها أن القانون رقم (49) لسنة (1977) في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم بين العلاقة بين المؤجر والمستأجر - تناول اتحاد الملاك (م 73 من القانون المذكور)، وأناط بوزير الإسكان والتعمير أن يصدر بقرار منه نظامًا نموذجيًّا لهذا الاتحاد (م 74 من القانون المذكور، وقرار وزير الإسكان رقم (109) لسنة 1979)، وخول الوحدة المحلية المختصة رقابة الاتحاد والإشراف علىٰ أعماله (م 75 من القانون المذكور، وم 2 و3 من إصدار القرار المذكور، وم 12 و26 من هذا القرار). وقد عني المشروع بالنص علىٰ الأحكام الأساسية في هذا الشأن، تاركًا ما عداها من تفصيلات للقوانين الخاصة والقرارات الصادرة وفقًا لهذه القوانين.



الفصل الرابع
أسباب كسب الملكية

الفرع الأول
كسب الملكية ابتداء
الاستيلاء

مادة (882): من حاز منقولًا مباحًا بنية تملكه، ملكه.

هذه المادة تقابل المادة (870) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «من وضع يده علىٰ منقول لا مالك له بنية تملكه، ملكه».

وقد أدخل على هذه المادة التعديلان الآتيان:

1- أدخل تعديل لفظي في صدرها باستبدال عبارة: «من حاز» بعبارة: «من وضع يده».

2- **استبدلت عبارة:** «منقولًا مباحًا» بعبارة «منقولًا لا مالك له»؛ إذ إن مصطلح: «منقول مباح» وهو مصطلح فقهاء الشريعة الإسلامية - أصدق في التعبير، ذلك أنه لا يكفي أن يكون المنقول لا مالك له حتىٰ يصبح منقولًا مباحًا يتملكه من يحوزه، حيث يرد علىٰ ذلك قيدان:

الأول: ألا يكون تملك المنقول الذي لا مالك له ممنوعًا بحكم القانون، كما لو منعت الدولة صيد نوع من الطيور أو الحيوانات، فلا تعتبر هذه من المباحات، ومن ثم لا يتملك من يصيد برغم المنع ما يصيده. **والثاني**: ألا يكون في حيازة المنقول الذي لا مالك له مساس بحق الغير، كما لو كانت هناك أرض مملوكة لشخص ومنع الغير من الدخول فيها للصيد، فلا يتملك من يصيد فيها برغم هذا المنع، وفي هذا المعنىٰ نصت المادة (1257) من المجلة علىٰ ما يأتي: «الكلأ النابت في ملك شخص بدون تسببه، وإن يكن مباحًا، فلصاحبه منع الغير من الدخول في ملكه». بل إن المنقول قد يكون مملوكًا ومباحًا في الوقت ذاته، ومن ثم يمكن تملكه بالاستيلاء، كما لو صرحت الدولة بالرعي أو الاحتطاب في أراضيها؛ إذ تكون الأشجار والعشب قبل الاستيلاء ملكًا للدولة

تبعًا لملكيتها للأرض. (انظر في هذا المعنىٰ المذكرة الإيضاحية للمادة (875) من التقنين الكويتي).

انظر وقارن: المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1301) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 193 و194).

والمادة المقترحة تطابق المادة (875) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (1098) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (1076) من التقنين الأردني.

وأحكامها تتفق مع أحكام الفقه الإسلامي، فقد نصت المادة (1249) من المجلة علىٰ ما يأتي: «كل من أحرز شيئًا مباحًا كان مالكًا له مستقلًّا، مثلًا لو أخذ واحد من نهر ماء بيده أو بوعاء كالعلبة، فبإحرازه وحفظه في ذلك الوعاء صار ملكه ليس لغيره صلاحية أن ينتفع عنه، وإذا أخذه آخر بدون إذنه واستهلكه فيكون ضامنًا».

ونصت المادة (1250) علىٰ ما يأتي: «كون الإحراز مقرونًا بالقصد لازم...»، ونصت المادة (1250) علىٰ ما يأتي: «يحرز الكلأ بجمعه وحصده وتجريزه»، ونصت المادة (1253) علىٰ ما يأتي: «يسوغ الاحتطاب من أشجار الجبال المباحة لكل أحد كائنًا من كان، وبمجرد الاحتطاب يعني بجمعها يصير مالكًا لها، والربط ليس بشرط».

مادة (883):

1- يصبح المنقول مباحًا إذا تخلىٰ عنه مالكه بنية النزول عن ملكيته.

2- وتعتبر الحيوانات غير الأليفة مباحة ما دامت طليقة، وإذا أحرز حيوان منها ثم أطلق، عاد مباحًا إذا لم يتتبعه المالك فورًا أو إذا كف عن تتبعه.

3- وما روض من الحيوانات وألف الرجوع إلىٰ المكان المخصص له، ثم فقد هذه العادة - يصبح مباحًا ما دام طليقًا وكف صاحبه عن تتبعه.

هذه المادة تقابل المادة (871) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- يصبح المنقول لا مالك له إذا تخلىٰ عنه مالكه بقصد النزول عن ملكيته.

وتعتبرالحيوانات غير الأليفة لا مالك لها ما دامت طليقة، وإذا اعتقل حيوان منها ثم

أطلق، عاد لا مالك له إذا لم يتتبعه المالك فورًا أو إذا كف عن تتبعه، وما روض من الحيوانات وألف الرجوع إلىٰ المكان المخصص له، ثم فقد هذه العادة، يرجع لا مالك له».

وقد عدلت عبارات هذه المادة وفقًا لمصطلح «المنقول المباح» بدلًا من عبارة: «المنقول الذي لا مالك له» اتساقًا مع المادة السابقة (انظر ما تقدم ذكره عن هذا المصطلح تحت المادة السابقة)، كما أفردت فقرة ثالثة لما روض من الحيوانات».

انظر: المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1302) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 193).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (876) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (1077) من التقنين الأردني.

والفقرة الأولىٰ منها تطابق المادة (1104) من التقنين العراقي.

وأحكامها تتمشىٰ مع قواعد الفقه الإسلامي في تملك الأشياء المباحة.

انظر المادتين (1249 و1250) من المجلة، وقد تقدم ذكرهما.

مادة (884): الكنز المدفون أو المخبوء الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له، يكون خمسه لمن يعثر عليه والباقي لمالك الشيء الذي وجد فيه الكنز أو لمالك رقبته، وإذا كان هذا الشيء موقوفًا، كان الباقي للواقف أو لورثته.

هذه المادة تقابل المادة (872) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- الكنز المدفون أو المخبوء الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له - يكون لمالك العقار الذي وجد فيه الكنز أو لمالك رقبته.

2- والكنز الذي يعثر عليه في عين مدفونًا يكون ملكًا خاصًّا للواقف ولورثته».

وقد عدل حكم هذه المادة بأن جعل خمس الكنز لمن يعثر عليه، والباقي لمالك الشيء الذي وجد فيه الكنز أو لمالك رقبته، وإذا كان الشيء الذي وجد فيه الكنز موقوفًا، كان الباقي للواقف أو لورثته، كما استبدلت عبارة: «الشيء الذي وجد فيه الكنز» بعبارة: «العقار الذي وجد فيه الكنز»، وذلك لكي تشمل كلمة: «الشيء» العقار والمنقول، فقد

يكون الكنز مخبوءًا في منقول، كما لو وضعت أوراق النقد بين صفحات كتاب، أو أخفيت قطع من النقود أو أحجار ثمينة في درج سري من مكتب أو دولاب، وإذا كان نص التقنين الحالي يفهم منه أن الكنز إنما يوجد في عقار، فإن الشارع لم يتناول فيه إلا الحالة الغالبة، ويلاحظ أنه إذا كان الكنز مخبأً في منقول، فإن المالك الذي يستحق في الكنز يكون هو مالك هذا المنقول إذا لم يكن هو مالك العقار الذي يوجد فيه المنقول.

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (877) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (1101) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (1078) من التقنين الأردني.

ويفرق فقهاء الشريعة الإسلامية بين نوعين من الكنز: الأول: هو الكنز الجاهلي، وهو ما وجد به علامة أو نقش يدلان علىٰ أنه دفن في الأرض قبل الإسلام. والنوع الثاني: هو الكنز الإسلامي، وهو ما يوجد به علامة أو نقش يدلان علىٰ أنه دفن في الأرض بعد ظهور الإسلام.

وعلىٰ أساس هذه التفرقة في المذهب الحنفي، نصت المادة (149) من مرشد الحيران علىٰ ما يأتي: «من وجد في أرض من الأرض المباحة، كالجبال والمفاوز، كنزًا مدفونًا وعليه علامة أو نقش عملة الجاهلية، فله أربعة أخماسه وخمسه للحكومة، وإن كان عليه نقش من النقوش الإسلامية، فهو لمالك الأرض التي وجد فيها إن ادعىٰ ملكه، وإلا فهو لقطة».

مادة (885): الحق في صيد البر والبحر واللقطة والأشياء الأثرية وما في باطن الأرض من معادن تنظمه التشريعات الخاصة.

هذه المادة تقابل المادة (873) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«الحق في صيد البحر والبر واللقطة والأشياء الأثرية تنظمه لوائح خاصة».

وقد أضيف إلىٰ النص الحالي الحق في المعادن التي توجد في باطن الأرض، حيث ترد الأحكام المتعلقة بهذه المعادن في تشريعات خاصة، شأنها في ذلك شأن الحالات الأخرىٰ المذكورة في النص، فتنظيم هذه الحالات جميعها يتطلب تفصيلات كثيرة ليس من المقبول إثقال التقنين المدني بها، فوق أن هذا التنظيم يرد عليه التعديل من وقت إلىٰ آخر في ضوء

الظروف المتغيرة، الأمر الذي يتنافىٰ مع الاستقرار الواجب لأحكام التقنين المدني بقدر الإمكان.

كذلك استبدلت عبارة: «التشريعات الخاصة»، بعبارة: «لوائح خاصة»؛ مراعاةً لدقة التعبير وشموله.

والمادة المقترحة تطابق المادة (879) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (1103) من التقنين العراقي التي تتفق مع المادة (873) من التقنين المصري الحالي.

وتقابل المادة (1079) من التقنين الأردني التي تتفق مع المادة (872) من التقنين المصري الحالي.

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (148) من مرشد الحيران علىٰ ما يأتي: «إذا وجد في أرض عشرية أو خراجية مملوكة لشخص معين ذهب أو فضة أو حديد أو نحاس أو نحوه من الجوامد التي تنطبع بالنار - فإنه يكون ملكًا لمالك الأرض وعليه الخمس للحكومة، وإن وجدت مملوكة لغير معين كأراضي الحكومة تكون كلها للحكومة».

ونصت المادة (150) علىٰ ما يأتي: «الصيد مباح برًّا وبحرًا ويجوز اتخاذه حرفة». انظر أحكامًا تفصيلية للصيد في المواد (1292 - 1307) من المجلة.

مادة (886):

1- العقارات التي لا مالك لها تكون ملكًا للدولة.

2- ولا يجوز أن تترتب عليها حقوق لأشخاص طبيعيين أو اعتباريين إلا وفقًا لأحكام القوانين الخاصة بها.

كانت المادة (874) من التقنين الحالي تنص على ما يأتي:

«1- الأراضي غير المزروعة التي لا مالك لها تكون ملكًا للدولة.

2- ولا يجوز تملك هذه الأراضي أو وضع اليد عليها، إلا بترخيص من الدولة وفقًا للوائح.

3- إلا أنه إذا زرع مصري أرضًا غير مزروعة أو غرسها أو بنىٰ عليها - تملك في الحال

الجزء المزروع أو المغروس أو المبني، ولو بغير ترخيص من الدولة، ولكنه يفقد ملكيته بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس العشرة السنة التالية للتملك».

ويقصد بهذه الأراضي غير المزروعة التي لا مالك لها من الأفراد الأراضي الموات، أي: أراضي الصحاري والجبال التي لا تمارس الدولة عليها سلطات المالك لكونها لا تدخل في زمام المدن والقرىٰ، وإنما تكون سلطة الدولة عليها سلطة سيادة، ولذلك لم تكن تعتبر من الأموال المملوكة للدولة ملكية خاصة.

ثم صدر القانون رقم (100) لسنة (1964) بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها، وبموجب المادة (76) من هذا القانون ألغيت الفقرة الثالثة من المادة (874) مدني المذكورة، فلم يعد هناك مجال في القانون المصري لتملك الأرض بالاستيلاء المصحوب بالتعمير علىٰ النحو المذكور في الفقرة المحذوفة.

وبموجب هذا القانون أصبحت العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة تشمل ما يأتي:

(1) **الأراضي الزراعية**: وهي الأراضي الواقعة داخل الزمام والأراضي المتاخمة الممتدة خارج حد الزمام إلىٰ مسافة كيلو مترين التي تكون مزروعة بالفعل، وكذلك أراضي طرح النهر وهي الأراضي الواقعة بين جسري نهر النيل وفرعيه التي يحولها النهر من مكانها أو ينكشف عنها والجزائر التي تتكون في مجراه.

(2) **الأراضي البور**: وهي الأراضي غير المزروعة الواقعة داخل الزمام، والأراضي المتاخمة الممتدة خارج حد الزمام إلىٰ مسافة كيلو مترين.

(3) **الأراضي الصحراوية**: وهي الأراضي الواقعة في المناطق المعتبرة خارج الزمام بعد مسافة الكيلو مترين المشار إليها سواء، كانت مزروعة بالفعل أو غير مزروعة، أو كانت مشغولة بمبانٍ أو منشآت ثابتة أو غير ثابتة (م 2 من القانون).

(4) **الأراضي الفضاء والعقارات المبنية.**

وبذلك أصبحت الأراضي الصحراوية من الأموال المملوكة للدولة ملكية خاصة علىٰ خلاف ما كان مقررًا من قبل.

وقد نصت المادة (47/ 1) من هذا القانون علىٰ أنه:«لا يجوز لأي شخص طبيعي أو معنوي أن يحوز أو يضع اليد بأية صفة كانت علىٰ العقارات الداخلة في ملكية الدولة الخاصة التي تسري عليها أحكام هذا القانون إلا وفقًا لهذه الأحكام ». وهذا القانون يجعل الطريق الوحيد لتملك هذه العقارات هو الشراء بطريق التوزيع أو الممارسة أو المزاد العلني وفقًا لشروط خاصة (م 3 من القانون).

كذلك تعتبر التركات التي لا وارث لها من أموال الدولة الخاصة، فقد نصت المادة الأولىٰ من القانون رقم (71) لسنة (1962) بشأن التركات الشاغرة التي تتخلف عن المتوفين من غير وارث علىٰ أنه:«تئول إلىٰ الدولة ملكية التركات الشاغرة الكائنة بجمهورية مصر العربية، والتي يخلفها المتوفون من غير وارث، أيًّا كانت جنسيتهم، وذلك من تاريخ وفاتهم». ومن هذا فإن أموال هذه التركات لا تعتبر أموالًا مباحة، فلا يجوز تملكها بالاستيلاء؛ لأن الدولة تملكها بمجرد وفاة المالك بحكم القانون، لا بحكم الاستيلاء.

ويخلص من كل ما تقدم أنه لم يعد يجوز في القانون المصري تملك العقار بالاستيلاء.

غير أن هناك تفكيرًا في إعادة حكم الفقرة الثالثة المحذوفة من المادة (874) من التقنين الحالي بغية التشجيع علىٰ تعمير الصحاري والاستفادة منها.

وفي ضوء كل هذا وضعت المادة المقترحة، فبمقتضىٰ الفقرة الأولىٰ منها تكون العقارات التي لا مالك لها من أشخاص القانون الخاص ملكًا للدولة، حيث تعتبر من الأموال المملوكة للدولة ملكية خاصة. ويشمل حكمها الأراضي المزروعة، والأراضي غير المزروعة، والأراضي البور، والأراضي الموات، أي: الصحاري والجبال، كما يشمل الأراضي الفضاء والعقارات المبنية.

وإزاء ما تقدم ذكره، ونظرًا إلىٰ أن الحقوق التي تترتب للأشخاص الطبيعين أو الاعتباريين علىٰ العقارات المملوكة للدولة - تتغير أحكامها من وقت إلىٰ آخر في ضوء ظروف المجتمع؛ رئي أن يترك تنظيم هذه الحقوق للقوانين الخاصة بها؛ حيث إنه بمقتضىٰ الفقرة الثانية من المادة المقترحة لا يجوز أن تترتب علىٰ العقارات المملوكة

للدولة حقوق لأشخاص القانون الخاص، سواء كانوا أشخاصًا طبيعيين أو اعتباريين، إلا وفقًا لأحكام القوانين الخاصة بهذه العقارات.

والفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة تتفق مع المادة (878) من التقنين الكويتي.

والمادة المقترحة تقابل المادة (1105) من التقنين العراقي.

وتقابل المواد (1080 - 1084) من التقنين الأردني.

وفي الفقه الإسلامي يجوز تملك الأراضي الموات بالاستيلاء، إذا حازها الشخص وأحياها بإذن من ولي الأمر، ويكون إحياء الأرض بزرعها أو غرسها أو البناء عليها، وليس بتحجيرها.

فقد نصت المادة (147) من مرشد الحيران علىٰ ما يأتي: «الأراضي الموات - أي: المباحة التي لا ينتفع بها، وليست في ملك أحد - تكون ملكًا لمن وضع يده عليها وأحياها بإذن ولي الأمر... فمن أذن له بإحياء أرض موات وأحياها بأن زرعها أو غرس أو بنىٰ فيها، فقد ملكها ولا تنتزع منه...».

ونصت المادة (1272) من المجلة علىٰ ما يأتي: «إذا أحيا شخص أرضًا من الأراضي الموات بالإذن السلطاني، صار مالكًا لها...».

ونصت المادة (1275) علىٰ ما يأتي: «كما أن البذر والنصب إحياء للأرض، كذلك الحرث والسقي أو شق جدول لأجل السقي أيضًا إحياء». ونصت المادة (1277) علىٰ ما يأتي: «وضع الأحجار أو الشوك أو أغصان الأشجار اليابسة محيطة بجوانب الأراضي الأربعة، أو تنقية الحشيش منها، أو إحراق الشوك أو حفر البئر - ليس بإحياء، ولكنه تحجير».

ونصت المادة (1279) علىٰ ما يأتي: «إذا حجر شخص محلًّا من الأراضي الموات، فيكون أحق من غيره بذلك المحل ثلاث سنين، فإذا لم يحيه إلىٰ ثلاث سنين لا يبقىٰ له حق ويجوز أن يعطي لغيره علىٰ أن يحييه».

ونصت المادة (1280) علىٰ ما يأتي: «من حفر بئرًا في الأرض الموات بإذن السلطان، فهو ملكه». (انظر: المواد من (1270) إلىٰ(1280) من المجلة).

❁ ❁ ❁

الفرع الثاني
كسب الملكية ما بين الأحياء
1 - الالتصاق

الالتصاق الطبيعي بالعقار:

مادة (887): الأرض التي تتكون من طمي يجلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة - تكون ملكًا للملاك الذين ألصقت بأرضهم.

هذه المادة تتفق مع المادة (918) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«الأرض التي تتكون من طمي يجلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة - تكون ملكًا للملاك المجاورين».

وقد استبدلت في نهاية هذه المادة عبارة: «للملاك الذين التصقت بأرضهم» بعبارة: «للملاك المجاورين».

انظر: المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1353 في مجموعة الأعمال التحضيرية، ج 6/ ص 309).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (1113) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (1131) من التقنين الأردني.

وتتفق مع أحكام الفقه الإسلامي، فقد نصت المادة (1240) من المجلة على ما يأتي: «النهر إذا جاء بطين إلىٰ أرض أحد فهو ملكه لا يسوغ لآخر أن يتعرض له».

مادة (888):

1 - الأرض التي ينكشف عنها البحر تكون ملكًا للدولة.

2 - ولا يجوز التعدي علىٰ أرض البحر إلا لإعادة حدود الملك الذي طغىٰ عليه البحر.

هذه المادة تطابق المادة (919) من التقنين الحالي، مع تعديل لفظي طفيف.

انظر: المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1354) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 309 و310) والمادة المقترحة تتفق مع المادة (1115) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (1135) من التقنين الأردني.

وأحكامها تتسق مع قواعد الفقه الإسلامي في الأشياء المباحة، وغير المباحة انظر المواد (1334) إلىٰ (1240) من المجلة.

مادة (889): ملاك الأراضي الملاصقة للمياه الراكدة، كمياه البحيرات والبرك – لا يملكون ما تنكشف عنه هذه المياه من أراضٍ، ولا تزول عنهم ملكية ما تطغىٰ عليه هذه المياه.

هذه المادة تطابق المادة (920) من التقنين الحالي.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1355) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 310)، والمادة المقترحة تتفق مع المادة (1115) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (1135) من التقنين الأردني.

وأحكامها تتسق مع قواعد الفقه الإسلامي في الأشياء المباحة وغير المباحة. انظر المواد من (1234) إلىٰ (1240) من المجلة.

مادة (890): الأراضي التي يحولها النهر من مكانها أو ينكشف عنها، والجزائر التي تتكون في مجراه – تكون ملكيتها خاضعة لأحكام القوانين الخاصة بها.

هذه المادة تطابق المادة (921) من التقنين الحالي.

انظر: المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1356) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 309).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (1113) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (1133) من التقنين الأردني.

وأحكامها تتسق مع قواعد الفقه الإسلامي في الأشياء المباحة وغير المباحة. انظر المواد من (1124) إلىٰ (1240) من المجلة.

الالتصاق الصناعي بالعقار:

مادة (891): كل ما علىٰ الأرض أو تحتها من بناء أو منشآت أخرىٰ أو غراس - يعتبر من عمل صاحب الأرض إقامة علىٰ نفقته ويكون مملوكًا له، ما لم يقم الدليل علىٰ عكس ذلك.

هذه المادة تقابل المادة (922) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- كل ما علىٰ الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرىٰ - يعتبر من عمل صاحب الأرض إقامة علىٰ نفقته، ويكون مملوكًا له.

3- ويجوز مع ذلك أن يقام الدليل علىٰ أن أجنبيًّا قد أقام هذه المنشآت علىٰ نفقته، كما يجوز أن يقام الدليل علىٰ أن مالك الأرض قد خول أجنبيًّا ملكية منشآت كانت قائمة من قبل، أو خوله الحق في إقامة هذه المنشآت وتملكها».

وقد أدخل علىٰ الفقرة الأولىٰ من هذه المادة تعديل لفظي طفيف، وأضيفت في نهايتها عبارة: «ما لم يقم الدليل علىٰ عكس ذلك»؛ لأن الافتراض المذكور فيها فيما يتعلق بعبء الإثبات يقبل الدليل العكسي.

وحذفت الفقرة الثانية منها؛ لأنها لا تستوعب كل الفروض التي يمكن فيها إقامة الدليل علىٰ عكس الافتراض المذكور في الفقرة الأولىٰ.

والمادة المقترحة تطابق المادة (1117) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (880) من التقنين الكويتي.

وتتفق مع المادة (1137) من التقنين الأردني.

والسند الشرعي لها: أن حكمها مبني علىٰ قاعدة الاستصحاب، التي نصت عليها المادة الخامسة من المجلة، فقالت: «الأصل بقاء ما كان علىٰ ما كان». ويتصل بذاك ما نصت عليه المادة (77) من المجلة التي تقول: «البينة لإثبات خلاف الظاهر، واليمين لإبقاء الأصل».

مادة (892):

1- يكون ملكًا لصاحب الأرض ما يحدثه فيها من بناء أو منشآت أخرىٰ أو غراس مواد مملوكة لغيره، إذا لم يكن ممكنًا نزع هذه المواد دون أن يلحق هذه المنشآت ضرر جسيم، أو كان ممكنًا نزعها، ولكن لم ترفع الدعوىٰ باستردادها خلال سنة من اليوم الذي يعلم فيه مالك المواد أنها اندمجت في الأرض.
2- فإذا تملك صاحب الأرض المواد، كان عليه أن يدفع قيمتها وقت التصاقها بالأرض، وإذا استرد المواد مالكها فإن نزعها يكون علىٰ نفقة صاحب الأرض، ولمالك المواد في الحالين الحق في التعويض إن كان له وجه.

هذه المادة تقابل المادة (923) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- يكون ملكًا خالصًا لصاحب الأرض ما يحدثه فيها من بناء أو غراس أو منشآت أخرىٰ يقيمها بمواد مملوكة لغيره، إذا لم يكن ممكنًا نزع هذه المواد دون أن يلحق هذه المنشآت ضرر جسيم، أو كان ممكنًا نزعها، ولكن لم ترفع الدعوىٰ باستردادها خلال سنة من اليوم الذي يعلم فيه مالك المواد أنها اندمجت في هذه المنشآت.

2- فإذا تملك صاحب الأرض المواد، كان عليه أن يدفع قيمتها مع التعويض إن كان له وجه، أما إذا استرد المواد صاحبها، فإن نزعها يكون علىٰ نفقة صاحب الأرض».

وقد أدخل علىٰ الفقرة الأولىٰ من هذه المادة تعديل لفظي، واستبدلت كلمة: «الأرض» في نهايتها بكلمة: «المنشآت».

وعدلت الفقرة الثانية ببيان الوقت الذي يعتد به في تقدير قيمة المواد، وهو وقت التصاقها بالأرض، كما أضيفت في نهايتها عبارة تفيد أن مالك المواد يكون له الحق في التعويض، سواء في حالة تملك صاحب الأرض المواد، أو في حالة نزعها.

انظر: المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1358) في مجموعة الأعمال التحضيرية(ج 6/ ص 330).

والمادة المقترحة تطابق المادة (881) من التقنين الكويتي.

وتتفق مع المادة (1139) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (1118) من التقنين العراقي.

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (899) من المجلة على ما يأتي:

«إذا غير الغاصب المال المغصوب بحيث يتبدل اسمه، يكون ضامنًا ويبقىٰ المال المغصوب له، مثلًا: لو كان المال المغصوب حنطة جعلها الغاصب بالطحن دقيقًا، يضمن قيمة الحنطة ويكون الدقيق له كما أن من غصب حنطة غيره وزرعها في أرضه، يكون ضامنًا للحنطة ويكون المحصول له».

مادة (893): إذا أحدث شخص، بمواد من عنده، بناءً أو منشآت أخرىٰ أو غراسًا علىٰ أرض يعلم أنها مملوكة لغيره، وأن ليس له الحق في إحداث تلك المنشآت عليها، أو كان جهله بذلك ناشئًا عن خطأ جسيم - كان لصاحب الأرض أن يطلب إزالة المنشآت علىٰ نفقة من أحدثها، مع التعويض إن كان له وجه، وذلك في خلال سنة من اليوم الذي يعلم فيه بإحداثها، فإن لم يطلب الإزالة، أو طلب استبقاء المنشآت، التزم بدفع قيمتها مستحقة الإزالة، أو دفع مبلغ يساوي ما زاد بسببها في قيمة الأرض.

هذه المادة تقابل المادة (924) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- إذا أقام شخص بمواد من عنده منشآت علىٰ أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضاء صاحب الأرض - كان لهذا أن يطلب إزالة المنشآت علىٰ نفقة من أقامها مع التعويض إن كان له وجه، وذلك في ميعاد سنة من اليوم الذي يعلم فيه بإقامة المنشآت، أو أن يطلب استيفاء المنشآت مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة، أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت.

2- ويجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها، إن كان ذلك لا يلحق بالأرض ضررًا، إلا إذا اختار صاحب الأرض أن يستبقي المنشآت طبقًا لأحكام الفقرة السابقة».

وقد عدلت الفقرة الأولىٰ من هذه المادة فيما يتعلق بتحديد معنىٰ سوء النية، فمن أحدث منشآت علىٰ أرض غيره يعتبر سيئ النية، إذا كان يعلم أن الأرض مملوكة لغيره، وأن ليس له الحق في إحداث المنشآت عليها، ويعدل هذا أن يكون من أحدث المنشآت

جاهلًا لحقيقة هذا الوضع إذا كان جهله ناشئًا عن خطأ جسيم. فقد سوىٰ المشروع بين علم من أحدث المنشآت بأن ليس له الحق في إحداثها وبين جهله بذلك، إذا كان هذا الجهل ناشئًا عن خطأ جسيم.

كما أدخلت عليها تعديلات لفظية علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة.

وحذفت الفقرة الثانية من هذه المادة؛ لأنها تجعل حق من أحدث المنشآت في طلب الإزالة رهينًا في نتيجته بما يشاؤه صاحب الأرض، بحيث يمكن لهذا أن يعطل ذلك الحق باختيار استبقاء المنشآت، وبذلك يقتصر أثرها علىٰ أن من أحدث المنشآت يستطيع بطلب نزعها أن يحمل صاحب الأرض علىٰ تحديد موقفه، ولكن رئي في المشروع أن تتاح للمالك بهذا الحذف الفرصة في التدبر خلال سنة؛ ليقرر ما إذا كان يطلب إزالة المنشآت أو استبقاءها.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1359) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 330 و331).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (882) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادتين (1119 و1124) من التقنين العراقي.

وتقابل المادتين (1128 و1140) من التقنين الأردني.

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (906 /1) من المجلة على ما يأتي:

«إن كان المغصوب أرضًا، وكان الغاصب أنشأ عليها بناءً أو غرس فيها أشجارًا - يؤمر الغاصب بقلعهما، وإن كان القلع مضرًّا، فللمغصوب منه أنه يعطي قيمته مستحق القلع ويضبط الأرض...».

انظر: القوانين الفقهية لابن جُزَيّ ص (317)، القواعد الفقهية لابن رجب ص (154 و155).

مادة (894):

1- إذا كان من أحدث البناء أو المنشآت الأخرىٰ أو الغراس المشار إليها في المادة السابقة - قد أحدثها بترخيص من صاحب الأرض، أو كان يعتقد بحسن نية أن له الحق

في إحداثها - فلا يجوز لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة، وإنما يكون له الخيار بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل، أو أن يدفع مبلغًا يساوي ما زاد في قيمة الأرض بسبب هذه المنشآت، هذا ما لم يطلب من أحدث المنشآت نزعها، وكان ذلك لا يلحق بالأرض ضررًا.

2- غير أنه إذا كانت المنشآت قد بلغت حدًّا من الجسامة يرهق صاحب الأرض أن يؤدي ما هو مستحق عنها - كان له أن يطلب تمليك الأرض لمن أحدث المنشآت نظير مقابل عادل.

هذه المادة تتفق مع المادتين (925 و926) من التقنين الحالي.

فالمادة (925) تنص على ما يأتي:

«1- إذا كان من أقام المنشآت المشار إليها في المادة السابقة يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامتها - فلا يكون لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة، وإنما يخير بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل، أو أن يدفع مبلغًا يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت، هذا ما لم يطلب صاحب المنشآت نزعها.

2- إلا أنه إذا كانت المنشآت قد بلغت حدًّا من الجسامة يرهق صاحب الأرض أن يؤدي ما هو مستحق عنها - كان له أن يطلب تمليك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل».

والمادة (926) تنص على ما يأتي:

«إذا أقام أجنبي منشآت بمواد من عنده بعد الحصول علىٰ ترخيص من مالك الأرض، فلا يجوز لهذا المالك إذا لم يوجد اتفاق في شأن هذه المنشآت - أن يطلب إزالتها. ويجب عليه إذا لم يطلب صاحب المنشآت نزعها - أن يؤدي إليه إحدىٰ القيمتين المنصوص عليهما في الفقرة الأولىٰ من المادة السابقة».

هاتان المادتان اندمجتا في مادة واحدة هي المادة المقترحة؛ إذ إن حكمهما واحد.

وفي الفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة أدخلت تعديلات لفظية، كما أضيف في نهايتها ما يفيد أنه إذا طلب من أحدث المنشآت نزعها، فإنه يشترط لذلك ألا يلحق

بالأرض ضرر من هذا النزع، وهذا الحكم مأخوذ به في ظل النص الحالي طبقًا لمبدأ عدم التعسف في استعمال الحق.

ويلاحظ أنه بهذا الدمج بين المادتين المذكورتين أصبح حكم الفقرة الثانية في المادة المقترحة ساريًا، ليس علىٰ حالة إحداث المنشآت بحسن نية فحسب، كما هو الحال في التقنين الحالي، بل أيضًا علىٰ حالة إحداث المنشآت بترخيص من صاحب الأرض، ففي كلتا هاتين الحالتين، إذا كانت المنشآت قد بلغت حدًّا من الجسامة يرهق صاحب الأرض أن يؤدي ما هو مستحق عنها - كان له أن يطلب تمليك الأرض لمن أحدث المنشآت نظير مقابل عادل، حيث يكون المعيار ذاتيًّا، فتكون العبرة فيه بالمقدرة المالية لصاحب الأرض شخصيًّا. فإذا كان يرهقه أن يؤدي لمن أحدث المنشآت ما هو مستحق له لجسامة المنشآت - كان له بدلًا من تملك المنشآت بالالتصاق، أن يطلب تمليك الأرض لمن أحدث المنشآت، علىٰ أن يدفع له مقابلًا عادلًا. والمقصود بالنص علىٰ المقابل العادل ألا يتقيد القاضي بقيمة الأرض، وإنما يراعي كافة الظروف التي تحيط بالحالة المعروضة عليه.

انظر: المذكرة الإيضاحية للمادتين المقابلتين في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1360 و1361) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 331).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (883) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادتين (1120، 1121) من التقنين العراقي.

وتقابل المادتين(1141 و1142) من التقنين الأردني.

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (906) من المجلة على ما يأتي:

«إن كان المغصوب أرضًا، وكان الغاصب أنشأ عليها بناءً أو غرس فيها أشجارًا - يؤمر الغاصب بقلعها، وإن كان القلع مضرًّا، فللمغصوب منه أن يعطي قيمته مستحق القلع ويضبط الأرض، ولكن لو كانت القيمة الأشجار أو البناء أزيد من قيمة الأرض، وكان أنشأ أو غرس بزعم سبب شرعي - كان حينئذٍ لصاحب البناء أو الأشجار أن يعطي قيمة الأرض ويتملكها، مثلًا: لو أنشأ أحد علىٰ العرصة الموروثة له من والده بناءً بمصرف أزيد من قيمة العرصة، ثم ظهر لها مستحق، فالباني يعطي قيمة العرصة ويضبطها».

انظر: القوانين الفقهية لابن جُزَي ص (317)، القواعد الفقهية لابن رجب ص (154 و155).

مادة (895): يجوز للمحكمة بناءً علىٰ طلب من يلتزم بالتعويض أو المقابل وفقًا لأحكام المادتين السابقتين - أن تقرر ما تراه مناسبًا للوفاء بما تحكم به، ولها بوجه خاص أن تحكم بأن يكون الوفاء علىٰ أقسام دورية بشرط تقديم الضمانات الكافية.

هذه المادة تقابل المادة (927) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «تسري أحكام المادة (982) في أداء التعويض المنصوص عليه في المواد الثلاث السابقة».

وقد رئي بدلًا من الإحالة علىٰ نص آخر، أن يذكر الحكم المقصود في المادة المقترحة، فللمحكمة بناء علىٰ طلب المدين بالتعويض أو المقابل - أن تقرر ما تراه مناسبًا للوفاء بهذا التعويض أو المقابل ولها بوجه خاص أن تقسط هذا التعويض أو المقابل، فيكون الوفاء به علىٰ أقساط دورية في مواعيد تحددها المحكمة، كما أن لها أن تؤجل دفع ما تحكم به، فيدفعه المدين به جملة واحدة في ميعاد تحدده المحكمة.

وسواء في هذه الحالة أو تلك، فإنه يجب علىٰ المدين أن يقدم الضمانات الكافية للوفاء بما عليه، كأن يقدم رهنًا أو كفالة عينية أو شخصية.

والمادة المقترحة تطابق المادة (884) من التقنين الكويتي.

وحكمها يتفق مع مبادئ الشريعة الإسلامية. فقد جاء في الآية الكريمة: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [سورة البقرة: 280].

مادة (896): إذا كان صاحب الأرض، وهو يقيم عليها بناءً، قد جار بحسن نية علىٰ جزء صغير من الأرض الملاصقة - جاز للمحكمة أن تقضي بتمليكه الجزء المشغول بالبناء نظير مقابل عادل.

هذه المادة تتفق مع المادة (928) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«إذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناءً قد جار بحسن نية علىٰ جزء من الأرض الملاصقة - جاز للمحكمة إذا رأت محلًّا لذلك أن تجبر صاحب هذه الأرض علىٰ أن

ينزل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء، وذلك في نظير تعويض عادل».

وقد أدخلت علىٰ هذه المادة تعديلات لفظية، وأضيفت كلمة: «صغير» بعد كلمة: «جزء»؛ ليكون ذلك دليلًا علىٰ حسن النية، واستبدلت عبارة: «مقابل عادل» في نهاية النص بعبارة: «تعويض عادل». والمقصود بالنص علىٰ المقابل العادل ألا يتقيد القاضي بقيمة الجزء الصغير من الأرض الملاصقة، وإنما يراعي كافة الظروف التي تحيط بالحالة المعروضة عليه.

انظر: المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1363)، في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 332).

والمادة المقترحة تطابق المادة (885) من التقنين الكويتي.

وحكمها يتفق مع قواعد الفقه الإسلامي، فقد تقدم أن المادة (906) من المجلة تنص في شطرها الأخير علىٰ ما يأتي:

«... ولكن لو كانت قيمة الأشجار أو البناء أزيد من قيمة الأرض، وكان أنشأ أو غرس بزعم سبب شرعي - كان حينئذٍ لصاحب البناء أو الأشجار أن يعطي قيمة الأرض ويتملكها...».

مادة (897):

1- إذا أحدث شخص بناءً أو منشآت أخرىٰ أو غراسًا علىٰ أرض غيره، بمواد مملوكة لشخص ثالث - كان لمالك المواد أن يرجع بالتعويض علىٰ من أحدث هذه المنشآت، كما له أن يرجع علىٰ صاحب الأرض بما لا يزيد عما بقي في ذمته من قيمة هذه المنشآت.

2- وإذا كان من أحدث البناء أو المنشآت أو الغراس حسن النية - كان لمالك المواد أن يطلب نزعها إذا كان ذلك لا يلحق بالأرض ضررًا.

هذه المادة تقابل المادة (930) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«إذا أقام أجنبي منشآت بمواد مملوكة لغيره، فليس لمالك المواد أن يطلب استردادها،

وإنما يكون له أن يرجع علىٰ مالك الأرض، بما لايزيد عما هو باقٍ في ذمته من قيمة تلك المنشآت».

وقد أدخلت علىٰ هذه المادة تعديلات لفظية علىٰ النحو الوارد في الفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة، وحذفت منها العبارة التي تقول: «فليس لمالك المواد أن يطلب استردادها». بسبب استحداث الفقرة الثانية من المادة المقترحة.

واستحدثت الفقرة الثانية من المادة المقترحة، حيث نص علىٰ أنه: «إذا كان من أحدث البناء أو المنشآت أو الغراس حسن النية - كان لمالك المواد أن يطلب نزعها إذا كان ذلك لا يلحق بالأرض ضررًا». ذلك أنه إذا كان من أحدث المنشآت حسن النية، فإنه يكون له وفقًا للمادة (894) أن يطلب نزعها، وبالتالي يستطيع مالك المواد وفقًا للقواعد العامة أن يطلب نزعها بالدعوىٰ غير المباشرة، وبالإضافة إلىٰ ذلك رئي إعطاء مالك المواد دعوىٰ مباشرة يطلب بها نزع هذه المواد وهو حكم ليس لصاحب الأرض أن يتضرر منه ما دام أن من أحدث المنشآت يستطيع طلب نزعها (انظر في هذا المعنىٰ المذكرة الإيضاحية للمادة (886) من التقنين الكويتي).

انظر: المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1365) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 331 و332).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (886) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (1122) من التقنين العراقي، التي تتفق مع المادة (930) من التقنين المصري الحالي.

وتقابل المادة (1143) من التقنين الأردني التي تتفق مع المادة (930) من التقنين المصري الحالي.

وفي الفقه الإسلامي: انظر المادة (906) من المجلة، وقد تقدم ذكرها، وانظر القوانين الفقهية لابن جُزَي ص(317)، القواعد الفقهية لابن رجب ص (154 و155).

مادة (898): المنشآت الصغيرة كالأكشاك والحوانيت والمآوي التي تقام علىٰ أرض الغير دون أن يكون مقصودًا بقاؤها علىٰ الدوام - تكون ملكًا لمن أقامها.

هذه المادة تطابق المادة (929) من التقنين الحالي.

انظر: المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1364) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 332).

والسند الشرعي للمادة المقترحة: تلك القاعدة التي تنص عليها المادة الثانية من المجلة، فتقول: «الأمور بمقاصدها، يعني: أن الحكم الذي يترتب علىٰ أمر يكون علىٰ مقتضىٰ ما هو المقصود من ذلك الأمر».

والمنشآت الصغيرة التي أشارت إليها المادة المقترحة، إنما أقيمت دون أن يكون مقصودًا بقاؤها علىٰ الدوام، ولهذا تظل ملكًا لمن أقامها استثناء من أحكام الالتصاق.

التصاق المنقول بالمنقول:

مادة (899): إذا التصق منقولان لمالكين مختلفين بحيث لا يمكن فصلهما دون تلف، ولم يكن هناك اتفاق بين المالكين - قضت المحكمة في الأمر مسترشدة بقواعد العدالة، ومراعية في ذلك الضرر الذي حدث وحالة الطرفين وحسن نية كل منهما.

هذه المادة تطابق المادة (931) من التقنين الحالي.

وتتفق مع المادة (1145) من التقنين الأردني.

وتتفق مع المادة (887) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (1125) من التقنين العراقي.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1366) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 335).

وأحكام المادة المقترحة يقرها الفقه الإسلامي، ومن تطبيقاته في هذا الصدد ما نصت عليه المادة (902) من المجلة حيث تقول: «لو خرج ملك أحد من يده بلا قصد، مثلًا:... إذا سقط من يد أحد لؤلؤ قيمته خمسون، والتقطته دجاجة قيمتها خمسة، فصاحب اللؤلؤ يعطي الخمسة ويأخذ الدجاجة».

❁❁❁

2 - التصرف القانوني

مادة (900): تكسب الملكية وغيرها من الحقوق العينية في المنقول والعقار بالتصرف القانوني، إذا كان المعقود عليه شيئًا معينًا بالذات، وكان المتصرف هو صاحب الحق المتصرف فيه طبقًا للمادة (219)، وذلك مع مراعاة النصوص التالية.

هذه المادة تقابل المادة (932) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي:

«تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية في المنقول والعقار بالعقد، متىٰ ورد علىٰ محل مملوك للمتصرف طبقًا للمادة (204)، وذلك مع مراعاة النصوص الآتية».

وقد أدخل علىٰ هذه المادة التعديلات الآتية:

1- **استبدلت كلمة:** «تكسب» في بداية المادة بكلمة: «تنتقل»؛ لأن الحق ينتقل إذا كان حق ملكية، وينتقل أو ينشأ إذا كان حقًّا غير الملكية، ومن ثم تكون كلمة: «تكسب» هي التي تستوعب هاتين الصورتين.

2- **استبدلت عبارة:** «التصرف القانوني» بكلمة: «العقد»؛ لأن الحكم لا يقتصر علىٰ العقد، بل تشمل كذلك التصرف الذي ينعقد بإرادة واحدة.

3- **استبدلت عبارة:** «إذا كان المعقود عليه شيئًا معينًا بالذات، كان المتصرف هو صاحب الحق المتصرف فيه» بعبارة: «متىٰ ورد علىٰ محل للمتصرف». وذلك لأن محل التصرف ليس هو الشيء المعقود عليه، وإنما هو العملية القانونية المقصودة من التصرف، وهي نقل الملكية أو حق عيني آخر. ولإبراز أن يكون الشيء المعقود عليه معينًا بالذات حتىٰ ينتقل الحق فور التصرف إذا كان هذا الشيء منقولًا ولبيان أنه يشترط لانتقال الحق أن يكون المتصرف هو صاحب الحق المتصرف فيه إذ لا يلزم لذلك أن يكون المتصرف مالكا للشيء المعقود عليه إذا كان غير المالك، كما لو كان صاحب حق انتفاع.

والمادة المقترحة تتفق مع المادتين (888 و889/ 1) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (1126 / 1) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (1146) من التقنين الأردني.

وفي الفقه الإسلامي ينتقل الحق بالعقد فور إبرامه، فقد نصت المادة (74) من مرشد الحيران علىٰ ما يأتي: «ينتقل ملك العين المبيعة للمشتري بمجرد حصول عقد المعاوضة ووقوعه صحيحًا باتًّا نافذًا لازمًا، سواء كانت عقارًا أو منقولًا».

مادة (901): إذا كان المعقود عليه منقولًا معينًا بنوعه، فلا يكسب الحق فيه إلا بإفرازه طبقًا للمادة (220).

هذه المادة تتفق مع المادة (933) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «المنقول الذي لم يعين إلا بنوعه لا تنتقل ملكيته إلا بإفرازه طبقًا للمادة (205)».

وتتفق مع المادة (1147) من التقنين الأردني.

وتتفق مع المادة (889/ 1) من التقنين الكويتي.

والسند الشرعي لها: أن حكمها يقضي به طبيعة الأشياء، فالحق العيني لا يقوم إلا علىٰ شيء معين بالذات، وهذا يقتضي إفراز المنقول المعين بنوعه حتىٰ يقوم الحق العيني عليه.

مادة (902): إذا كان المعقود عليه عقارًا، فلا تكسب الملكية ولا الحقوق العينية الأخرىٰ، سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلىٰ الغير، إلا إذا روعيت الأحكام المتعلقة بالتسجيل في قانون تنظيم الشهر العقاري، أو الأحكام المتعلقة بالقيد في قانون السجل العيني بحسب الأحوال.

هذه المادة تقابل المادة (934) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- في المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرىٰ، سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان في حق الغير، إلا إذا روعيت الأحكام المبينة في قانون تنظيم الشهر العقاري.

2- ويبين قانون الشهر المتقدم الذكر التصرفات والأحكام والسندات التي يجب شهرها سواء أكانت ناقلة للملكية أم غير ناقلة، ويقرر الأحكام المتعلقة بهذا الشهر».

وقد عدلت الفقرة الأولىٰ من هذه المادة، فاستبدلت عبارة: «إذا كان المعقود عليه

عقارًا» بعبارة: «في المواد العقارية». واستبدلت عبارة: «فلا تكسب الملكية ولا الحقوق العينية الأخرىٰ» بعبارة: «لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرىٰ». لكي يكون الكسب شاملًا لنقل الحق أو إنشائه كما سبق القول. وأضيف إليها وجوب مراعاة الأحكام المتعلقة بالقيد في قانون السجل العيني، فيكون الحكم وفقًا للقانون المطبق في القسم المساحي الذي يوجد به العقار المعقود عليه، فإن كان هو قانون الشهر العقاري روعيت أحكامه فيما يتعلق بانتقال الحق، وإن كان هو قانون السجل العيني روعيت أحكامه في هذا الانتقال، ذلك أن قانون السجل العيني، وإن كان قد صدر برقم (142) لسنة 1964، إلا أنه لم يبدأ العمل به إلا في نطاق محدود، وسيبقىٰ قانون الشهر العقاري معمولًا به زمنًا طويلًا حتىٰ يتيسر إدخال نظام السجل العيني تدريجيًّا علىٰ فترات متعاقبة بالقدر المستطاع.

وحذفت الفقرة الثانية من هذه المادة؛ لعدم لزومها.

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (890) من التقنين الكويتي.

وتتفق مع المادة (1148) من التقنين الأردني، وتقابل المادة (1149) من هذا التقنين.

وتقابل المادتين (1136/ 2) و(1127) من التقنين العراقي.

وفي الفقه الإسلامي ينتقل الحق بالعقد فور إبرامه دون حاجة إلىٰ أي إجراء آخر (انظر المادة (74) من مرشد الحيران، وقد تقدم ذكرها). ومع ذلك فإن اشترط التسجيل أو القيد لكسب الحق العقاري له سنده الشرعي؛ لأن هدفه حماية مصالح المتعاملين في العقار، والقاعدة الشرعية أن: «التصرف علىٰ الرعية منوط بالمصلحة». (م (85) من المجلة).

❁ ❁ ❁

3 – الشفعة

نظرة عامة:

الشفعة: هي حق الحلول في البيع محل المشتري. ونظامها مستمد من الفقه الإسلامي، وسندها ما رواه جابر عن رسول الله ﷺ، فقد جاء في البخاري عن جابر

قوله: قضىٰ رسول الله ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة.

والشفعة إذ تؤدي إلىٰ تمليك المبيع للشفيع جبرًا عن المشتري، تعتبر قيدًا علىٰ حرية التعامل، فهي تثبت في الفقه الإسلامي علىٰ خلاف الأصل، والقياس وإنما يأخذ بها هذا الفقه؛ دفعًا لضرر متوقع للشفيع بسبب اتصال ملكه بالمبيع.

وقد اختلف الفقهاء المسلمون في تحديد صورة الاتصال التي تجيز الأخذ بالشفعة، ففي المذهب الحنفي وهو ما أخذت به المجلة: «**أسباب الشفعة ثلاث: الأولىٰ**: أن يكون مشاركًا في نفس المبيع كاشتراك شخصين في عقار شائعًا. **والثاني**: أن يكون خليطًا في حق المبيع كاشتراك في حق الشرب الخاص والطريق الخاص. **والثالث**: أن يكون جارًا ملاصقًا» (م 1008 من المجلة). أما الشافعية والمالكية والحنابلة فلم يثبتوا الشفعة لا للخليط ولا للجار.

وقد كان بقاء الشفعة سببًا لكسب الملكية محلًّا لمناقشات طويلة بين أعضاء اللجنة، التي عهد إليها بوضع مشروع الشفعة المصري ولكن استقر الرأي علىٰ إبقائها «لاعتبارات تاريخية؛ ولأن هذا النظام قد أصبح جزءًا من التقاليد القانونية للبلاد، هذا إلىٰ ما للشفعة من فائدة في جمع ما تفرق من حق الملكية، كضم حق الانتفاع إلىٰ الرقبة من طريق الأخذ بالشفعة».

(المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدني في مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6/ ص 343).

والواقع أن للشفعة فوائدها الاقتصادية في معظم حالاتها، فثبوتها في حالة بيع الانتفاع أو الرقبة أو الحكر يؤدي إلىٰ ضم ما تفرق من حق الملكية، فتجتمع للمالك سلطاته علىٰ الشيء، وثبوتها في حالة بيع الشريك حصته لأجنبي يؤدي إلىٰ إنهاء الشيوع، وهذان أمران مرغوب فيهما من الناحية الاقتصادية.

أما ثبوت الشفعة للجار (والخليط) فلم يعد مستساغًا في الوقت الحاضر، فالشفعة قيد خطير علىٰ حرية التعاقد، وعامل من عوامل عدم الاستقرار في المعاملات، ولا يبررها إلا اعتبار أشد خطرًا منها، ولم يعد للجوار في الوقت الحاضر ذات الخطر الذي

كان له في الماضي، بل إنه حتىٰ في الماضي لم يكن سببًا للأخذ بالشفعة في أكثر مذاهب الفقه الإسلامي، فلم يقل بالشفعة للجار من فقهاء المسلمين سوىٰ أصحاب المذهب الحنفي، أما الجمهور الأعظم من هؤلاء الفقهاء وهم الشافعية والمالكية والحنابلة وأهل الظاهر - فقد اجتمعت كلمتهم علىٰ أن الشفعة لا تثبت للجار، وفضلًا عن ذلك فإن الجوار كثيرًا ما يتخذ ذريعة لتكتيل الملكية والتوسع في التملك علىٰ حساب صغار الملاك، وهو ما يتعارض مع الاتجاه الحديث الذي يأبىٰ قيام الملكيات الكبيرة.

ومن ناحية أخرىٰ فإن حق الاسترداد الذي نظمه الشارع في التقنين الحالي (م 833) مستمدًّا إياه من القانون الفرنسي - هو في حقيقته شفعة، فهو عبارة عن حق الشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال، في أن يحل محل المشتري للحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي، وهو أحد طريقين أراد بهما الشارع في التقنين الحالي أن يمكن الشركاء من منع دخول أجنبي بينهم في الشيوع، والطريق الثاني هو الشفعة، ولكل من الحقين نطاقه الذي يباشر فيه، فحق الاسترداد لا يكون إلا في بيع الحصة الشائعة في منقول معين، أو في مجموع من المال، وحق الشفعة لا يكون إلا في بيع الحصة الشائعة في عقار معين. ومن ثم فهذان الحقان من طبيعة، واحدة ويتفقان في المبررات التي تدعو إليهما في الشيوع، الأمر الذي يقتضي الجمع بينهما في نطاق الشفعة، وذلك بإجازة الشفعة في المنقول أسوة بالعقار.

وإذا كان جمهور الفقه الإسلامي يرىٰ قصر الشفعة علىٰ العقار، فثمة من يرىٰ جوازها في المنقول، حيث يذهب المالكية إلىٰ ثبوت الشفعة في بعض المنقولات كالسفينة، ويرىٰ الحنابلة قصر الشفعة علىٰ العقار في رواية. ويجيزونها في العقار وفي المنقول في رواية أخرىٰ، ويجيز الظاهرية الشفعة في العقار والمنقول علىٰ السواء، ولو أننا وقفنا عند الحكمة من تقرير الشفعة في الشيوع، سواء كان ذلك لمنع الأجنبي من الدخول بين الشركاء، أو لفتح الطريق أمام إنهاء الشيوع، لما كان هناك داع للتفرقة في هذا الصدد بين العقار والمنقول.

وفي ضوء ما تقدم فقد رئي في المشروع الأخذ بالمبدأين الآتيين»:

الأول: تقرير الشفعة في العقار والمنقول علىٰ السواء، وبذلك يستغنىٰ عن أحكام

استرداد الحصة المبيعة في المنقول الشائع أو المجموع من المال المملوك علىٰ الشيوع.

والثاني: إلغاء الشفعة بسبب الجوار.

مادة (903):

1- الشفعة هي حق الحلول في البيع محل المشتري، في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في المواد التالية.

2- والحق في الشفعة ينتقل بالميراث.

هذه المادة تقابل المادة (935) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«الشفعة رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري في الأحوال، وبالشروط المنصوص عليها في المواد التالية».

وكانت هذه المادة في المشروع التمهيدي (م 1382) تنص على ما يأتي:

«1- الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري، إذا وقع البيع علىٰ عقار، في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في المواد التالية.

2- والحق في الشفعة لا ينتقل بالحوالة، وإنما ينتقل بالميراث، وهو حق لا يتجزأ في استعماله».

انظر: المذكرة الإيضاحية لهذه المادة، ومحاضر اللجنة التي عهد إليها بإعداد مشروع الشفعة ومناقشات لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ في مجموعة الأعمال التحضيرية

(ج 6/ ص 345 - 357).

وقد رئي أن تعرف الشفعة في النص المقترح بأنها حق الحلول في البيع محل المشتري؛ لأنها أكثر من مجرد رخصة في التملك؛ إذ هي حق الشخص في أن يتملك.

ولم يقصر النص حق الشفيع في الحلول علىٰ بيع العقار، بل ذكر الحلول في البيع بإطلاق؛ لأن الشفعة جعلت في العقار والمنقول علىٰ السواء كما سبق البيان، وبذلك استغنىٰ عن أحكام استرداد الحصة المبيعة في المنقول الشائع، أو المجموع من المال المملوك علىٰ الشيوع.

وأضيفت فقرة ثانية تنص علىٰ أن الحق في الشفعة ينتقل بالميراث.

والمادة المقترحة تتفق مع المادتين (891 و904) من التقنين الكويتي.

وتتفق مع المادتين(1128 و1133/ 3) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادتين (1150 و1158) من التقنين الأردني.

والتعريف المقترح يتفق مع تعريف الفقه الإسلامي، فقد نصت المادة (51) من مرشد الحيران علىٰ ما يأتي: «الشفعة هي حق تملك العقار المبيع، أو بعضه ولو جبرًا علىٰ المشتري، بما قام عليه من الثمن والمؤن»، ووفقًا لهذا التعريف فإن الرأي السائد في الفقه الإسلامي يقصر الشفعة علىٰ العقار، كما هو حكم التقنين الحالي.

أما انتقال حق الشفعة بالميراث، وهو ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة المقترحة، فقد اختلف فيه الفقه الإسلامي، حيث ذهب الشافعي ومالك إلىٰ أن الحق في الشفعة يورث، فقد جاء في المهذب (جزء أول/ ص 383)، وهو من كتب الفقه الشافعي: وإن مات الشفيع قبل العفو والأخذ، انتقل حقه في الشفعة إلىٰ ورثته؛ لأنه قبض ما استحقه بعقد البيع، فانتقل إلىٰ الورثة، كقبض المشتري في البيع، ولأنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فورث، كالرد في العيب. وجاء في بداية المجتهد (جزء 2/ ص 218) وهو من كتب الفقه المالكي: فمن ذلك اختلافهم في ميراث حق الشفعة، فذهب الكوفيون إلىٰ أنه لا يورث كما أنه لا يباع، وذهب مالك والشافعي وأهل الحجاز علىٰ أنها موروثة قياسًا علىٰ الأموال، وذهب أحمد إلىٰ أن الحق في الشفعة يورث إذا طولب بها، أما قبل طلبها فلا يورث، فقد جاء في المغني (ج 5/ ص 346 و347)، وهو من كتب الفقه الحنبلي: الشفعة لا تورث إلا أن يكون الميت طلب بها، وجملة ذلك أن الشفيع إذا مات قبل الأخذ بها لم يخل من حالين: (**أحدهما**): أن يموت قبل الطلب بها فتسقط، ولا تنتقل إلىٰ الورثة. (**الحال الثاني**): إذا طالب بالشفعة ثم مات، فإن حق الشفعة ينتقل إلىٰ الورثة قولًا واحدًا، ذكره أبو الخطاب، وقد ذكرنا نص أحمد عليه؛ لأن الحق يتقرر بالطلب، ولذلك لا يسقط بتأخير الآخذ بعده، وقبله يسقط ، أما عند أبي حنيفة فإن حق الشفعة لا يورث، كما لا يورث خيار الشرط؛ لأن كلًّا منها مشيئة والمشيئة لا تورث، فقد جاء في البدائع (ج 5/ ص 22) وهو من كتب الفقه الحنفي:

وأما الضروري (فيما تبطل به الشفعة) فنحو أن يموت الشفيع بعد الطلبين قبل الأخذ بالشفعة، فتبطل شفعته، وهذا عندنا وعند الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ لا تبطل، ولوارثه حق الأخذ، ولقب المسألة أن خيار الشفعة هل يورث؟ عندنا لا يورث، وعنده يورث، والكلام فيه من الجانبين علىٰ نحو الكلام في خيار الشرط.

ولهذا الخلاف في الفقه الإسلامي نظيره في الفقه الوضعي وفي القضاء، وقد اختار المشروع ما ذهب إليه الشافعي ومالك من أن الحق في الشفعة يورث، وهو يتفق في ذلك مع فريق من الفقه ومع قضاء محكمة النقض.

شروط الشفعة:

مادة (904):

يثبت الحق في الشفعة:

(أ) لمالك الرقبة، إذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه.

(ب) للشريك في الشيوع، إذا بيعت حصة شائعة إلىٰ أجنبي.

(ج) لصاحب حق الانتفاع، إذا بيعت كل الرقبة الملابسة لهذا الحق أو بعضها.

(د) لمالك الرقبة في الحكر إذا بيع كل حق الحكر الملابس لها أو بعضه، وللمستحكر إذا بيعت كل الرقبة الملابسة لحقه أو بعضها.

هذه المادة تقابل المادة (936) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«**يثبت الحق في الشفعة:**

(أ) لمالك الرقبة، إذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه.

(ب) للشريك في الشيوع، إذا بيع شيء من العقار الشائع إلىٰ أجنبي.

(ج) لصاحب حق الانتفاع، إذا بيعت كل الرقبة الملابسة لهذا الحق أو بعضها.

(د) لمالك الرقبة في الحكر، إذا بيع حق الحكر، وللمستحكر إذا بيعت الرقبة.

(هـ) **الجار المالك في الأحوال الآتية:**

(1) إذا كانت العقارات من المباني أو من الأراضي المعدة للبناء، سواء أكانت في

المدن أم في القرىٰ.

(2) إذا كان للأرض المبيعة حق أو ارتفاق علىٰ أرض الجار، أو حق الارتفاق لأرض الجار علىٰ الأرض المبيعة.

(3) إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين، وتساوي من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة علىٰ الأقل».

وقد أدخلت على هذه المادة التعديلات الآتية:

1 - **استبدلت في البند (ب) عبارة:** «إذا بيعت حصة شائعة» بعبارة: «إذا بيع شيء من العقار الشائع». وقد روعي في هذا التعديل أمران:

الأول: أن النص علىٰ أن يكون البيع واردًا علىٰ حصة شائعة هو الحل الصحيح. وبذلك يقضىٰ علىٰ الخلاف الذي ثار حول ثبوت الشفعة عند بيع جزء مفرز من المال الشائع.

والأمر الثاني: أن يكون التعبير شاملًا للعقار والمجموع من المال، فقد أصبحت الشفعة جائزة في العقار وفي المنقول.

2 - إجراء تعديلات في البند (د) لكي يكون الحكم فيما يتعلق بالرقبة والحكر متفقًا مع الحكم في خصوص الرقبة والانتفاع، من حيث إن الشفيع لا يجوز له أن يشفع إلا في القدر الملابس لحقه.

3 - إلغاء البند (هـ) الخاص بثبوت الشفعة للجار المالك، وقد تقدم بيان ما يبرر هذا الإلغاء.

وفيما عدا هذه التعديلات، فقد بقيت الحالات المنصوص عليها، وإذا كان من الممكن أن يؤخذ علىٰ إثبات الشفعة لمالك الرقبة ولصاحب حق الانتفاع - أن هذا الحق نادر في التطبيق العملي، إلا أن تقرير الشفعة في هذه الحالة يؤدي إلىٰ جمع ما تفرق من عناصر الملكية في يد واحدة، وهو أمر مرغوب فيه من الناحية الاقتصادية، لا سيما وأن الرأي هو الإبقاء علىٰ تنظيم حق الانتفاع، أما فيما يتعلق بالحكر، فإن تقرير الشفعة يساعد علىٰ تصفية الأحكار القائمة.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م

1383)، والمراحل التي مرت بها ومحاضر اللجنة التي عهد إليها إعداد مشروع الشفعة ومناقشات مجلس النواب ولجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 359 - 385).

والمادة المقترحة تقابل المادتين (1129 و1130) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (1151) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (892/ 1) من التقنين الكويتي.

وفي الفقه الإسلامي وفقًا للمذهب الحنفي نصت المادة (1008) من المجلة علىٰ ما يأتي:

«**أسباب الشفعة ثلاثة:**

الأول: أن يكون مشاركًا في نفس المبيع، كاشتراك شخصين في عقار شائعًا.

الثاني: أن يكون خليطًا في حق المبيع كاشتراك في حق الشرب الخاص، والطريق الخاص...

الثالث: أن يكون جارًا ملاصقًا». أما الشافعية والمالكية والحنابلة فيثبتون الشفعة للمشاركة في نفس المبيع، ولا يثبتونها لا للخليط ولا للجار.

مادة (905):

1- إذا تزاحم الشفعاء، يكون استعمال حق الشفعة علىٰ حسب الترتيب المنصوص عليه في المادة السابقة.

2- وإذا تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة، فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون علىٰ قدر نصيبه.

3- فإذا كان المشتري قد توافرت فيه الشروط التي تجعله شفيعًا بمقتضىٰ نص المادة السابقة، فإنه يفضل علىٰ الشفعاء الذين هم من طبقته أو من طبقة أدنىٰ، ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلىٰ.

هذه المادة تطابق المادة (937) من التقنين الحالي.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1384)، والمراحل التي مرت بها، ومحاضر اللجنة التي عهد إليها بإعداد مشروع الشفعة، ومناقشات لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 386 - 393).

والمادة المقترحة تقابل المادتين (1131 و1132) من التقنين العراقي.

وتقابل المادتين (1152 و1153) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (892/ 2) من التقنين الكويتي.

وفي الفقه الإسلامي، طبقًا للمذهب الحنفي نصت المادة (1009) من المجلة علىٰ ما يأتي:

«حق الشفعة، أولًا: للمشارك في نفس المبيع. ثانيًا: للخليط في حق المبيع. ثالثًا: للجار الملاصق. وما دام الأول طالبًا فليس للآخرين حق الشفعة، وما دام الثاني طالبًا فليس للثالث حق الشفعة».

ونصت المادة (1013) علىٰ ما يأتي: «إذا تعدد الشفعاء، فيعتبر عدد الرءوس، ولا يعتبر مقدار السهام، يعني لا اعتبار لمقدار الحصص...».

ونصت المادة (1014) علىٰ ما يأتي: «إذا اجتمع صنفان من الخلطاء فيقدم الأخص علىٰ الأعم...».

ونصت المادة (1016) علىٰ ما يأتي: «حق الشرب مقدم علىٰ حق الطريق...».

مادة (906):

1- إذا اشترىٰ شخص عقارًا تجوز الشفعة فيه، ثم باعه قبل أن يتم تسجيل إعلان الرغبة وفقًا للمادة (911) فقرة أولىٰ، فلا يجوز الأخذ بالشفعة، إلا من المشتري الثاني بالشروط التي اشترىٰ بها.

2- وكذلك يكون الحكم إذا كان المبيع منقولًا، وباعه المشتري إلىٰ شخص لا يعلم بإعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة.

هذه المادة تقابل المادة (938) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«إذا اشترىٰ شخص عينًا تجوز الشفعة فيها، ثم باعها قبل أن تعلن أية رغبة في الأخذ بالشفعة، أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة طبقًا للمادة (942)، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني، وبالشروط التي اشترىٰ بها».

وقد أدخلت التعديلات الآتية:

1- الإبقاء علىٰ النص الحالي بحيث يصبح فقرة أولىٰ في المادة المقترحة، ويكون حكمه خاصًّا بالعقار، ولذلك استبدل لفظ: «عقارًا» بلفظ: «عينًا».

2- حذفت من النص الحالي عبارة: «قبل أن تعلن أية رغبة في الأخذ بالشفعة»؛ لأنها زائدة؛ إذ إن الذي يعتد به هو تسجيل إعلان الرغبة.

3- أضيفت في المادة المقترحة فقرة ثانية خاصة بالمنقول، حيث تكون العبرة في هذا الخصوص بعلم المشتري الثاني بإعلان الرغبة أو عدم علمه به، فإذا لم يكن عالمًا بإعلان الرغبة وقت البيع، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا منه، وبالشروط التي اشترىٰ بها.

انظر محاضراللجنة التي عهد إليها بإعداد مشروع الشفعة في خصوص المادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1386) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 395 - 402) في الهامش.

والمادة المقترحة تقابل المادة (1137) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (1154) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (894) من التقنين الكويتي.

وفي الفقه الإسلامي يستفاد حكم المادة المقترحة من المادة (105) من مرشد الحيران، التي تنص علىٰ ما يأتي: «لا تثبت الشفعة إلا بعد البيع مع وجود السبب الموجب لها. وكذلك من المادة (1021) من المجلة التي تنص علىٰ ما يأتي: «الشفعة لا تثبت إلا بعقد البيع».

مادة (907):

1- إذا بيعت العين لعدة أشخاص علىٰ الشيوع، فلا تجوز الشفعة إلا فيها بتمامها، أما إذا عينت في العقد حصة كل منهم مفرزة، كان للشفيع الحق في طلب أخذ العين

بتمامها، أو أخذ حصة واحدة أو أكثر، مع مراعاة القواعد المقررة لطلب الأخذ بالشفعة.

2- ولا تجوز الشفعة إن شمل البيع - في الوقت ذاته وبثمن واحد غير الحق الذي يجوز أخذه بالشفعة - حقوقًا أخرىٰ لا شفعة فيها.

هذه المادة تتناول القاعدة التي تقضي بأن الشفعة لا تقبل التجزئة، وقد عبرت عنها المادة المقابلة للمادة (935) من التقنين الحالي في المشروع التمهيدي (م 1382) في فقرتها الثانية، بقولها: إن الحق في الشفعة لا يتجزأ في استعماله، وسوف يترتب علىٰ إلغاء الشفعة بسبب الجوار أن يصبح مجال تطبيق هذه القاعدة ضيقًا للغاية، ومع ذلك فإن لها مجالها المحدود في حالات الشفعة التي استبقاها المشروع.

والفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة تقابل المادة (11) من قانون الشفعة السابق، التي كانت تنص علىٰ ما يأتي: «إذا بيع العقار لعدة أشخاص مشاعًا بينهم، فلا تجوز الشفعة إلا فيه بتمامه. أما إذا عينت في العقد حصة كل منهم مفروزة، كان للشفيع الحق في طلب أخذه بتمامه، أو أخذ حصة واحدة أو أكثر، مع مراعاة القواعد المقررة لطلب الأخذ بالشفعة».

والفقرة الثانية من المادة المقترحة تتفق مع المادة (1385) من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي، التي تنص علىٰ ما يأتي: «1- لا شفعة إن شمل البيع في نفس الوقت وبثمن واحد، غير الحق الذي يجوز أخذه بالشفعة حقوقًا أخرىٰ لا شفعة فيها.

2- إلا أنه إذا كان يملك المنفعة أو الرقبة أشخاص متعددون وبيع كل رقبة أو كل المنفعة - جاز لهؤلاء الأشخاص أن يطلبوا الأخذ بالشفعة مجتمعين.

وبمقتضىٰ المادة المقترحة يجب التمييز بين ما إذا كانت الصفقة واحدة، وبين ما إذا تعددت الصفقة.

فإذا كانت الصفقة واحدة، فلا يجوز للشفيع أن يأخذ بعض المبيع ويترك البعض الآخر؛ لأن ذلك يؤدي إلىٰ تفرقة الصفقة، فيكون هناك تجزئة للشفعة، فإذا باع فريق من الشركاء حصصهم مجتمعة علىٰ الشيوع لمشتر واحد، أو لعدة مشترين علىٰ الشيوع في

صفقة واحدة وبثمن واحد - فلا يجوز لشريك آخر أن يأخذ بالشفعة في بعض المبيع دون أن يأخذ الصفقة كاملة. وإذا بيعت الرقبة كلها لمشتر واحد أو لعدة مشترين علىٰ الشيوع، في صفقة واحدة وبثمن واحد - فلا يجوز لصاحب حق الانتفاع أن يأخذ بالشفعة في بعض الرقبة دون أن يأخذها كلها، وإذا بيعت المنفعة كلها لمشتر واحد أو لعدة مشترين علىٰ الشيوع في صفقة واحدة وبثمن واحد فلا يجوز دون أن يأخذ الصفقة كاملة لمالك الرقبة أن يأخذ بالشفعة في بعض المنفعة.

وإذا تعددت الصفقة، جاز للشفيع أن يأخذ بالشفعة في بعض، الصفقات دون بعض إذا توافرت شروط الشفعة فيما يأخذه؛ إذ لا يكون هذا تجزئة للشفعة فإذا باع الشريك حصته أجزاء لمشترين متعددين في صفقات متعددة، بأن اشترىٰ كل منهم جزءًا من الحصة بثمن مسمىٰ - كان لشريك آخر أن يأخذ بالشفعة في جميع الصفقات، وكان له أيضًا أن يأخذ بالشفعة في بعض الصفقات، دون البعض الآخر، ذلك حتىٰ لو انتظم عقد واحد كل هذه الصفقات، وكذلك يكون الحل إذا بيعت الرقبة أجزاء علىٰ هذا النحو، أو بيعت المنفعة.

غير أن الشفعة لا تجوز إن شمل البيع في الوقت ذاته وبثمن واحد، غير الحق الذي يجوز أخذه بالشفعة، حقوقًا أخرىٰ لا شفعة فيها، حيث يفرض في هذه الحالة أن المشتري قد اشترىٰ صفقة واحدة وبثمن واحد ما يمكن أخذه بالشفعة، مع ما لا تجوز الشفعة فيه، فلا يجوز للشفيع أن يأخذ ما توافرت فيه شروط الشفعة؛ حتىٰ لا تتجزأ الصفقة، ولا المبيع كله؛ لأن منه ما لا شفعة فيه، فإذا كان يملك المنفعة أشخاص متعددون وبيعت الرقبة كلها، فإن أحدًا من المنتفعين لا يستطيع أن يشفع وحده في الجزء من الرقبة الذي يقابل حق انتفاعه؛ حتىٰ لا تتجزأ الصفقة، كما لا يستطيع أن يشفع وحده في كل الرقبة؛ لأنه لا يملك الشفعة في بعض أجزائها، ولكن يجوز للمنتفعين مجتمعين أن يطلبوا الأخذ بالشفعة في الرقبة كلها؛ لأن الصفقة في هذه الحالة لا تتجزأ، كما أن كل جزء من الرقبة مشفوع فيه، وإذا كان يملك الرقبة أشخاص متعددون وبيع حق المنفعة كله فإن أحدًا من أصحاب الرقبة لا يستطيع أن يشفع وحده في الجزء من حق المنفعة الذي يقابل ما يملك من الرقبة؛ حتىٰ لا تتجزأ الصفقة، كما لا يستطيع أن

يشفع وحده في حق المنفعة كله؛ لأنه لا يملك الشفعة في بعض أجزائه، ولكن يجوز لأصحاب الرقبة مجتمعين أن يطلبوا الأخذ بالشفعة في حق المنفعة كله؛ لأن الصفقة في هذه الحالة لا تتجزأ، كما أن كل جزء من حق المنفعة مشفوع فيه (المذكرة الإيضاحية للمادة (1385) من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي في مجموعة الأعمال التحضيرية، ج 6/ ص 389 و390 في الهامش).

والمادة المقترحة تقابل المادة (1135) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (1160) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (895) من التقنين الكويتي.

وأحكام الفقه الإسلامي قريبة مما تقضي به المادة المقترحة، فعند أبي حنيفة ومالك والشافعي أنه إذا تعدد المبيع، بأن اشترىٰ شخص دارين بعقد واحد، وتوفر في كل من الدارين شروط الأخذ بالشفعة - لم يكن للشفيع إلا أن يأخذ الدارين جميعًا بالشفعة، وليس له أخذ إحداهما وترك الأخرىٰ؛ لما في ذلك من تفريق الصفقة علىٰ المشتري، أما إذا تعدد العقد، أو كانت شروط الشفعة لا تتوافر إلا في إحدىٰ الدارين - كان للشفيع في الحالة الأولىٰ أخذ إحدىٰ الدارين دون الأخرىٰ بالشفعة؛ لأن الصفقة كانت متفرقة منذ البداية لتعدد العقد، وكان له في الحالة الثانية أخذ الدار التي توافرت فيها شروط الأخذ بالشفعة دون الأخرىٰ؛ لأنه لا يشفع إلا فيها «السنهوري، الوسيط، ج 9 فقرة 169/ ص 492 و493».

وقد نصت المادة (135) من مرشد الحيران علىٰ ما يأتي: «الشفعة لا تقبل التجزئة، فليس للشفيع أن يأخذ بعض العقار المشفوع ويترك بعضه جبرًا علىٰ المشتري، إنما إذا تعدد المشترون واتحد البائع وقبضوا المبيع منه، أو لم يقبضوه ودفعوا له الثمن - فللشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم ويترك الباقي».

ونصت المادة (1041) من المجلة علىٰ ما يأتي: «الشفعة لا تقبل التجزيء، بناءً علىٰ ذلك ليس للشفيع حق في اشتراء مقدار من العقار المشفوع ويترك باقيه».

مادة (908):

«1- **لا يجوز الأخذ بالشفعة:**

(أ) إذا تم البيع بالمزاد العلني وفقًا لإجراءات رسمها القانون.

(ب) إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو، بين زوجين، أو بين الأقارب حتىٰ الدرجة الرابعة، أو بين الأصهار حتىٰ الدرجة الثانية.

(ج) إذا كان المال قد بيع ليجعل محل عبادة أو مدرسة أو مستشفىٰ، أو ليلحق بشيء من ذلك.

2- ولا يجوز للوقف أن يأخذ بالشفعة».

هذه المادة تقابل المادة (939) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- **لا يجوز الأخذ بالشفعة:**

(أ) إذا حصل البيع بالمزاد العلني وفقًا لإجراءات رسمها القانون.

(ب) إذا وقع البيع بين الأصول والفروع، أو بين الزوجين، أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة، أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية.

(ج)إذا كان العقار قد بيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة.

2- ولا يجوز للوقف أن يأخذ بالشفعة».

وقد أدخل علىٰ هذه المادة تعديل لفظي في البند (أ) من الفقرة الأولىٰ، واستبدل لفظ: «المال» بلفظ: «العقار» الوارد في البند (ج) من الفقرة الأولىٰ، حتىٰ يكون اللفظ شاملًا للعقار والمنقول، واستبدلت في هذا البند أيضًا عبارة: «ليجعل محل عبادة أو مدرسة أو مستشفىٰ، أو ليلحق بشيء من ذلك» بعبارة: «ليجعل محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة ». إذ إن التسوية في الحكم بين محل العبادة وبين المدرسة والمستشفىٰ، تدعو إليها الحكمة ذاتها من منع الشفعة، وهي تمكين المشتري من أن يخصص المال لهذه الأغراض العامة كلها، (انظر: مناقشات لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ عند وضع النص الحالي في مجموعة الأعمال التحضيرية، ج 6/ ص 409).

انظر: المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1387)، ومحاضر اللجنة التي عهد إليها بإعداد مشروع الشفعة، ومناقشات لجنة

الشئون التشريعية في مجلس النواب، ولجنة القانون المدني في مجلس الشيوخ في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 404 – 409).

والمادة المقترحة تقابل المادة (1134) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (1161) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (893) من التقنين الكويتي.

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (1017) من المجلة علىٰ أن الشفعة لا تجري في عقار الوقف والأراضي الأميرية ونصت المادة (1018) علىٰ ما يأتي: «يشترط أن يكون المشفوع به ملكًا أيضًا، وبناءً عليه لو بيع ملك عقاري لا يكون متولي عقار الوقف الذي في اتصاله أو المتصرف به شفيعًا».

ونصت المادة (1019) علىٰ ما يأتي: «الأشجار والأبنية المملوكة في أرض الوقف أو الأراضي الأميرية هي في حكم المنقول، فلا تجري الشفعة فيها».

ونصت المادة (110) من مرشد الحيران علىٰ ما يأتي: «لا شفعة في البناء والشجر القائمين في أرض محتكرة، أو في الأراضي الأميرية».

ونصت المادة (111) علىٰ ما يأتي: «الأراضي الأميرية التي بأيدي المستحقين لمنفعتها لا يصح بيعهم لها فلا شفعة فيها».

ونصت المادة (113) علىٰ ما يأتي: «لا شفعة في الوقف ولا له، فإذا بيع عقار مجاور لوقف، أو كان بعض المبيع ملكًا وبعضه وقفًا وبيع الملك – فلا شفعة للوقف».

إجراءات الشفعة:

مادة (909):

1– لكل من البائع والمشتري أن يوجه إنذارًا رسميًّا إلىٰ الشفيع يخطره فيه بالبيع.

2 – ويجب أن يشتمل هذا الإنذار على البيانات الآتية وإلا كان باطلاً:

أ- اسم كل من البائع والمشتري ولقبه ومهنته وموطنه.

ب- بيان المبيع بيانًا كافيًا.

ج- بيان الثمن وشروط البيع والمصروفات الرسمية.

هذه المادة تقابل المادة (941) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«يشتمل الإنذار الرسمي المنصوص عليه في المادة السابقة علىٰ البيانات الآتية، وإلا كان باطلًا:

(أ) بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بيانًا كافيًا.

(ب) بيان الثمن، والمصروفات الرسمية، وشروط البيع، واسم كل من البائع والمشتري ولقبه وصناعته وموطنه».

وقد عدلت هذه المادة بإضافة فقرة أولىٰ في المادة المقترحة، تقرر أن لكل من البائع والمشتري أن يوجه إنذارًا رسميًّا إلىٰ الشفيع يخطره فيه بالبيع، باعتبار أن هذا الإنذار هو فاتحة إجراءات الشفعة، ومن ثم يجب أن يذكر في بداية النصوص التي تتناول هذه الإجراءات، وأدخل فيها تعديل لفظي، وتعديل في ترتيب البيانات التي يجب أن يشتمل عليها الإنذار.

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (1138) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (10896) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (1162/ 1) من التقنين الأردني.

وفي الفقه الإسلامي يرتبط طلب الشفعة بعلم الشفيع بالبيع، (انظر المادة (1030) من المجلة، والمادة (118) من مرشد الحيران). والإنذار الرسمي الذي تتحدث عنه المادة المقترحة من شأنه أن يعلم الشفيع بالبيع، ولذلك يحفزه علىٰ إعلان رغبته إذا كان يريد الأخذ بالشفعة.

مادة (910): علىٰ من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلىٰ كل من البائع والمشتري، خلال خمسة عشر يومًا من تاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجهه إليه أي منهما، وإلا سقط حقه.

هذه المادة تقابل المادة (940) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «علىٰ من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلىٰ كل من البائع والمشتري خلال خمسة عشر

يومًا من تاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري، وإلا سقط حقه ويزاد على تلك المدة ميعاد المسافة إذا اقتضى الأمر ذلك».

وقد عدلت هذه المادة تعديلًا لفظيًّا، وحذفت منها العبارة الأخيرة المتعلقة بميعاد المسافة؛ لكي يترك الأمر القاعدة العامة في تقنين المرافعات، وبذلك لا يصبح هناك مجال للخلاف الذي قام في الفقه حول ذكر ميعاد المسافة في مادة، وعدم ذكره في مادة أخرى.

انظر المادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1388)، والمراحل التي مرت بها في لجنة المراجعة، ولجنة الشئون التشريعية في مجلس النواب، ولجنة القانون المدني في مجلس الشيوخ في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 410- 417).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (1138) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (1162 / 1) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (897/ 1) من التقنين الكويتي.

وإعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة يقابله في الفقه الإسلامي وفقًا للمذهب الحنفي طلب المواثبة، الذي نصت عليه المجلة (م 1028) ومرشد الحيران (م 117)، ففي هذا المذهب يكون طلب المواثبة بأن يبادر الشفيع بطلب الشفعة فورًا في مجلس علمه بالبيع (م 1029 مجلة وم (118) مرشد الحيران)، أما أحمد والشافعي ومالك، فيذهبون إلى ثبوت الشفعة على التراخي (المغني لابن قدامة، ج 5/ ص 477و 478).

ولم ير المشروع الأخذ بما يعنيه طلب المواثبة من وجوب إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة فور العلم بالبيع، وإنما رأى إعطاء مهلة معقولة للشفيع يتدبر فيها أمره، وهي خمسة عشر يومًا من تاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري.

مادة (911):

1- يجب أن يكون إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة رسميًّا، وإلا كان باطلًا، ولا يكون هذا الإعلان حجة على الغير، إلا إذا سجل إن كان المبيع عقارًا، أو علم به الغير إن كان المبيع منقولًا.

2- ويجب أن يودع خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار أو التابع لها موطن بائع المنقول أو مشتريه - كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع، مع مراعاة أن يكون هذا الإيداع قبل رفع الدعوىٰ بالشفعة، وإلا سقط الحق في الأخذ بها.

هذه المادة تقابل المادة (942) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة يجب أن يكون رسميًّا، وإلا كان باطلًا، ولا يكون هذا الإعلان حجة علىٰ الغير إلا إذا سجل.

2- وخلال ثلاثين يومًا علىٰ الأكثر من تاريخ هذا الإعلان، يجب أن يودع خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار - كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع، مع مراعاة أن يكون هذا الإيداع قبل رفع الدعوىٰ بالشفعة، فإن لم يتم الإيداع في هذا الميعاد علىٰ الوجه المتقدم - سقط حق الأخذ بالشفعة».

وقد أدخلت على هذه المادة التعديلات الآتية:

1- أضيف الحكم الخاص بالمنقول إلىٰ الفقرة الأولىٰ، بحيث يكون الاحتجاج بإعلان الرغبة علىٰ الغير منوطًا بالتسجيل، إن كان المبيع عقارًا أو بالعلم إن كان المبيع منقولًا.

2- **حذفت عبارة:** «وخلال ثلاثين يومًا علىٰ الأكثر من تاريخ هذا الإعلان» الواردة في صدر الفقرة الثانية اكتفاءً بما ورد في الفقرة ذاتها من أن الإيداع يجب أن يكون قبل رفع الدعوىٰ، ولأن ميعاد الثلاثين يومًا منصوص عليه في المادة التالية.

3- **أضيفت عبارة:** «أو التابع لها موطن بائع المنقول أو مشتريه» إلىٰ الفقرة الثانية لبيان المحكمة التي يجب الإيداع في خزانتها إذا كان المبيع منقولًا.

4- **حذفت عبارة:** «فإذا لم يتم الإيداع في هذا الميعاد علىٰ الوجه المتقدم» الواردة في الفقرة الثانية؛ لعدم لزومها والاكتفاء بإضافة لفظ: «وإلا» قبل العبارة الأخيرة.

انظر: المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1390)، والمراحل التي مر بها في لجنة المراجعة ولجنة الشئون التشريعية في مجلس النواب ولجنة القانون المدني في مجلس الشيوخ في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/

ص 421 – 425).

والمادة المقترحة تقابل المادة (1140) من التقنين العراقي.

وتقابل المادتين (897 و898) من التقنين الكويتي.

وما تقضي به المادة المقترحة فيما يتعلق بإعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة وإيداع الثمن خزانة المحكمة – يقابله في الفقه الإسلامي وفقًا للمذهب الحنفي – طلب التقرير والإشهاد الذي نصت عليه المجلة (م 1028)، ومرشد الحيران (م 117)، وهو يعني أن يشهد الشفيع علىٰ البائع إن كان العقار المبيع في يده أو علىٰ المشتري بأنه طلب ويطلب فيه الشفعة (م 1030) مجلة وم (119) مرشد الحيران، ومن الواضح أن تسجيل إعلان الرغبة وإيداع الثمن خزانة المحكمة من شأنهما إثبات طلب الشفعة بصورة قاطعة.

مادة (912): ترفع دعوىٰ الشفعة علىٰ كل من البائع والمشتري أمام المحكمة التي أودع الثمن خزانتها بعد أن تقيد في الجدول، وذلك في ميعاد ثلاثين يومًا من تاريخ إعلان الرغبة، وإلا سقط الحق فيها.

هذه المادة تقابل المادة (943) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «ترفع دعوىٰ الشفعة علىٰ البائع والمشتري أمام المحكمة الكائن في دائرتها العقار، وتقيد بالجدول، ويكون كل ذلك في ميعاد ثلاثين يومًا من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة السابقة، وإلا سقط الحق فيها، ويحكم في الدعوىٰ علىٰ وجه السرعة».

وقد أدخلت على هذه المادة التعديلات الآتية:

1 – **استبدلت عبارة**: «أمام المحكمة التي أودع الثمن خزانتها» بعبارة: «أمام المحكمة الكائن في دائرتها العقار»؛ لكي تنصرف العبارة المختارة إلىٰ ثمن البيع سواء كان عقارًا أو منقولًا.

2 – **استبدلت عبارة**: «بعد أن تقيد في الجدول» بعبارة: «وتقيد في الجدول». وقد روعي في هذا التعديل أنه بمقتضىٰ القانون رقم (100) لسنة 1962، ثم بمقتضىٰ تقنين المرافعات الصادر بالقانون رقم (12) لسنة (1968) أصبح قيد الدعوىٰ سابقًا علىٰ رفعها بعد أن كان تاليًا لرفعها، كما أصبح علىٰ قلم الكتاب أن يقيد الدعوىٰ في يوم

تقديم الصحيفة في السجل الخاص بذلك، بعد أن يثبت في حضور المدعي، أو من يمثله تاريخ الجلسة المحددة لنظرها في أصل الصحيفة وصورها (م 67 مرافعات).

3- حذفت العبارة الأخيرة التي تقضي بأن يحكم في الدعوىٰ علىٰ وجه السرعة، وذلك نظرًا إلىٰ أنه بمقتضىٰ القانون رقم (100) لسنة (1962)، ثم بمقتضىٰ تقنين المرافعات الصادر بالقانون رقم (13) لسنة (1968)، ألغيت التفرقة بين الدعاوىٰ التي تنظر علىٰ الوجه المعتاد والدعاوىٰ التي يوجب القانون الفصل فيها علىٰ وجه السرعة. وذلك بإلغاء كافة الآثار القانونية المترتبة علىٰ هذه التفرقة.

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (1139) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (898) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (1162/ 1) من التقنين الأردني.

وما تقضي به المادة المقترحة من رفع دعوىٰ الشفعة علىٰ كل من البائع والمشتري في ميعاد معين - يقابله في الفقه الإسلامي طلب التملك الذي نصت عليه المجلة (م 1028) ومرشد الحيران (م 117)، وهو يعني طلب الخصومة عند القاضي، فإذا أخره الشفيع بعد طلب التقرير والإشهار شهرًا دون عذر شرعي - سقط حق شفعته (م (1024) مجلة، وم (120) مرشد الحيران).

آثار الشفعة:

مادة (913):

1- تنتقل الملكية إلىٰ الشفيع من وقت صدور الحكم النهائي بثبوت الشفعة، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل في قانون تنظيم الشهر العقاري، أو القواعد المتعلقة بالقيد في قانون السجل العيني.

2- ومع ذلك يكون للشفيع الحق في ثمار المبيع من وقت إيداع الثمن.

هذه المادة تقابل المادة (944) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «الحكم الذي يصدر نهائيًّا بثبوت الشفعة يعتبر سندًا لملكية الشفيع، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل».

وقد اختلفت الآراء في تحديد ما يستفاد من هذا النص، فذهب رأي إلىٰ أنه إذا حكم بالشفعة أو رضي بها المشتري، فإن ملكية الشفيع تستند إلىٰ وقت البيع، أي أن الشفيع يحل محل المشتري من وقت تمام البيع المشفوع فيه، فيكون الحكم بثبوت الشفعة كاشفًا عن حق الشفيع وليس منشئًا له. وذهب رأي ثانٍ إلىٰ أن ملكية الشفيع تستند إلىٰ وقت إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة، فيحل الشفيع محل المشتري من هذا الوقت، وذهب رأي ثالث إلىٰ أن ملكية الشفيع تستند إلىٰ وقت رفع دعوىٰ الشفعة، فيحل الشفيع محل المشتري من هذا الوقت. وذهب جمهور الفقهاء إلىٰ أن الشفيع يتملك المبيع من وقت تسجيل الحكم بالشفعة، أو رضاء المشتري بها، فيكون حلول الشفيع محل المشتري من هذا الوقت، ومن ثم يعتبر الحكم منشئًا لحق الشفيع لا كاشفًا عنه، وهذا هو الرأي الذي أخذت به محكمة النقض واختاره المشروع.

وقد رئي في ضوء الرأي الذي اختاره المشروع أن ينص في المادة المقترحة علىٰ الوقت الذي تنتقل فيه الملكية إلىٰ الشفيع، فلا يبقىٰ مجال لهذا الاختلاف في الرأي، فالملكية تنتقل إلىٰ الشفيع من وقت صدور الحكم النهائي بثبوت الشفعة أو رضاء المشتري بها، ومقتضىٰ هذا أن يكون حلول الشفيع محل المشتري من هذا الوقت، حيث يعتبر الحكم منشئًا لحق الشفيع لا كاشفًا عنه. وذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالتسجيل أو القيد، بحسب ما إذا كان القانون المطبق هو قانون تنظيم الشهر العقاري أو قانون السجل العيني؛ إذ إن الملكية لا تنتقل إلا من وقت هذا التسجيل أو القيد.

وقد كان مقتضىٰ حلول الشفيع محل المشتري من وقت صدور الحكم أو التراضي - ألا يكون للشفيع الحق في ثمار المبيع إلا من هذا الوقت، ولكن رئي إثبات الحق للشفيع في الثمار وقت إيداع الثمن؛ وذلك نظرًا إلىٰ أن الشفيع يجب عليه أن يودع الثمن خزانة المحكمة قبل رفع دعوىٰ الشفعة، فلا يستساغ حرمانه من ثمار المبيع في الوقت الذي حرم فيه من أن يستفيد من مبلغ الثمن، ووجه العدالة ظاهر في هذا الحكم.

والفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة تتفق مع المادة (1164) من التقنين الأردني.

والمادة المقترحة تقابل المادة (899) من التقنين الكويتي، التي تتفق مع المادة (944) من التقنين المصري الحالي.

وتقابل المادة (1141) من التقنين العراقي.

وليس هناك اتفاق في الفقه الإسلامي فيما يتعلق بحكم المادة المقترحة، فالحنفية في أكثر أقوالهم يذهبون إلىٰ أن الشفيع يملك المشفوع فيه من وقت رضاء المشتري، أو من وقت قضاء القاضي، فيكون حكم الشفعة منشئًا لحق الشفيع، ولكن أبا حنيفة يذهب إلىٰ أن الشفيع يستقر حقه بطلب المواثبة وطلب التقرير والإشهاد دون حاجة إلىٰ قضاء القاضي. وهذه هي إحدىٰ الروايتين عن أبي يوسف، فلا يكون قضاء القاضي إذًا في هذا القول ضروريًّا لاستقرار حق الشفيع، ومن ثم لا يكون حكم الشفعة هو الذي ينشئ حق الشفيع. وفي المذاهب الثلاثة الأخرىٰ لا يتوقف تملك الشفيع للمشفوع فيه علىٰ رضاء المشتري أو علىٰ قضاء القاضي، بل يتملكه قبل ذلك بمجرد طلب الشفعة عند أحمد، وبمجرد طلبها إذا علم الشفيع بالثمن عند مالك، ويطلبها إذا دفع الشفيع الثمن إلىٰ المشتري عند الشافعي. ففي هذه المذاهب الثلاثة إذا لا يكون قضاء القاضي ضروريًّا لتملك الشفيع المبيع المشفوع فيه، ومن ثم لا يكون حكم الشفعة منشئًا لحق الشفيع.

انظر في هذا: الفتاوىٰ الهندية (ج 5/ ص 173)، البدائع (ج 5/ ص 19 و23 و24) علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية سنة 1942 ص (119 - 121) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ج (9) فقرة (230).

وقد اختار المشروع الرأي الراجح في المذهب الحنفي، وفيه نصت المادة (1036) من المجلة علىٰ ما يأتي: «يكون الشفيع مالكًا للمشفوع بتسليمه بالتراضي مع المشتري أو بحكم الحاكم».

ونصت المادة (125) من مرشد الحيران علىٰ ما يأتي: «لا يثبت الملك للشفيع في المبيع إلا بقضاء القاضي، أو بأخذه من المشتري بالتراضي».

مادة (914):

1- يحل الشفيع قبل البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته.

2- ومع ذلك لا يحق للشفيع الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن إلا برضاء البائع.

3- وإذا استحق المبيع الغير بعد أخذه بالشفعة، فليس للشفيع أن يرجع إلا علىٰ البائع.

هذه المادة تقابل المادة (945) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- يحل الشفيع قبل البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته.

2- وإنما لا يحق له الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن إلا برضاء البائع.

3- وإذا استحق العقار للغير بعد أخذه بالشفعة، فليس للشفيع أن يرجع إلا علىٰ البائع».

وقد أدخلت علىٰ هذه المادة تعديلات لفظية، واستبدل لفظ: «المبيع» في الفقرة الثالثة بلفظ: «العقار»؛ كي يكون لفظ المبيع شاملًا للعقار المنقول.

والمادة المقترحة تطابق المادة (900) من التقنين الكويتي.

وتتفق مع المادة (1142) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (1165) من التقنين الأردني.

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (1037) من المجلة علىٰ ما يأتي: «تملك العقار بالشفعة هو بمنزلة الاشتراء ابتداءً؛ بناءً عليه، الأحكام التي تثبت بالشراء ابتداءً، كالرد بخيار الرؤية وخيار العيب - تثبت في العقار المأخوذ بالشفعة أيضًا».

ونصت المادة (126) من مرشد الحيران علىٰ ما يأتي: «تملك العقار قضاء كان أو رضاء يعتبر شراءً جديدًا في حق الشفيع، فله خيار الرؤية والعيب. وإن اشترط المشتري مع بائعة البراءة منهما».

ونصت المادة (127) علىٰ ما يأتي: «إذا قضىٰ للشفيع بالمبيع وكان ثمنه مؤجلًا علىٰ المشتري، يأخذه الشفيع بثمن حال، فإن أداه للبائع سقط الثمن عن المشتري، وإن أداه للمشتري فليس للبائع أن يطالب المشتري به قبل حلول الأجل المتفق عليه».

ونصت المادة (128) علىٰ ما يأتي: «إذا قضىٰ للشفيع بالعقار المشفوع فأدىٰ ثمنه ثم استحق المبيع، فإن كان أداه للمشتري فعليه ضمانه، سواء استحق قبل تسليمه إليه أو بعده، وإن كان أداه للبائع واستحق المبيع وهو في يده، فعليه ضمان الثمن للشفيع».

مادة (915):

1- إذا زاد المشتري في المبيع شيئًا من بناء أو غراس أو غير ذلك قبل أن يعلنه الشفيع برغبته في الأخذ بالشفعة - كان الشفيع ملزمًا تبعًا لما يختاره المشتري أن يدفع له ما أنفقه أو مقدار ما زاد في قيمة المبيع ما أحدثه.

2- فإذا كان المشتري قد أحدث الزيادة بعد أن أعلنه الشفيع برغبته في الأخذ بالشفعة - كان للشفيع إما أن يطلب الإزالة، أو يستبقي ما استحدث مقابل دفع ما أنفقه المشتري، أو ما زاد في قيمة المبيع بسببه.

هذه المادة تقابل المادة (946) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- إذا بنىٰ المشتري في العقار المشفوع، أو غرس فيها أشجارًا قبل إعلان الرغبة في الشفعة - كان الشفيع ملزمًا تبعًا لما يختاره المشتري أن يدفع له إما المبلغ الذي أنفقه، أو مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس.

2- وأما إذا حصل البناء أو الغراس بعد إعلان الرغبة في الشفعة، كان للشفيع أن يطلب الإزالة، فإذا اختار أن يستبقي البناء أو الغراس، فلا يلتزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس».

وقد أدخلت على هذه المادة التعديلات الآتية:

1- استبقىٰ المشروع حكم الفقرة الأولىٰ فيما يتعلق بما يلتزم الشفيع بدفعه للمشتري، ولكنه جعل العبرة بإعلان الرغبة إلىٰ المشتري، فيكون وقت هذا الإعلان هو الحد الزمني الفاصل بين حكم الفقرة الأولىٰ وحكم الفقرة الثانية، وليس وقت إعلان الرغبة إلىٰ البائع، وقد استخدم المشروع في صدر الفقرة تعبير الفقه الإسلامي فذكر في بدايتها: «إذا زاد المشتري في المبيع شيئًا»، واستبدل لفظ: «المبيع» بلفظ: «العقار» ليشمل العقار والمنقول.

2- عدل المشروع حكم الفقرة الثانية في حالة ما إذا استبقىٰ الشفيع الزيادة التي أحدثها المشتري حيث يختار الشفيع أقل القيمتين: مقدار ما أنفقه المشتري، أو مقدار ما زاد في قيمة المبيع بسبب ما استحدث.

والمادة المقترحة تطابق المادة (901) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (1143) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (1166) من التقنين الأردني.

وفي الفقه الإسلامي وفقًا لرأي الإمام أبي حنيفة ومحمد: إذا زاد المشتري في العقار المشفوع قبل طلب الشفعة، فالشفيع بالخيار: إن شاء تركه، وإن شاء تملكه بثمنه مع قيمة الزيادة، أما إذا كانت الزيادة بعد طلب الشفعة للشفيع، فللشفيع أن يترك العقار أو يطلب إزالة الزيادة، أو يستبقيها مع دفع قيمتها مقلوعة.

انظر وقارن: ما جاء في المادتين (1044) من المجلة، و(130) من مرشد الحيران، وهما لا يتفقان في الحكم.

مادة (916):

1- إذا كان المبيع عقارًا فلا يسري في حق الشفيع أي تصرف يصدر من المشتري من شأنه نقل الملكية أو ترتيب حق عيني آخر، ولا أي حق عيني ترتب ضده، إذا كان ذلك قد تم بعد تاريخ تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة، ويبقىٰ مع ذلك للدائنين المقيدة حقوقهم ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل إلىٰ المشتري من ثمن العقار.

2- أما إذا كان المبيع منقولًا، فلا تسري هذه التصرفات والحقوق في حق الشفيع، إذا كان المشتري يعلم بإعلان الرغبة في الشفعة.

هذه المادة تقابل المادة (947) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«لا يسري في حق الشفيع أي رهن رسمي، أو أي حق اختصاص اتخذ ضد المشتري، ولا أي بيع صدر من المشتري ولا أي حق عيني رتبه أو ترتب ضده، إذا كان كل ذلك قد تم بعد التاريخ الذي سجل فيه إعلان الرغبة في الشفعة، ويبقىٰ مع ذلك للدائنين المقيدين ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل للمشتري من ثمن العقار».

وقد أدخلت على هذه المادة التعديلات الآتية:

1- جعل النص الحالي فقرة أولىٰ في المادة المقترحة، مع إضافة عبارة: «إذا كان المبيع عقارًا» في صدر النص؛ كي يكون حكمه خاصًّا بالعقار.

2- حذف الألفاظ الزائدة في هذه الفقرة والاكتفاء بما يدل علىٰ المعنىٰ المقصود.

3- إضافة فقرة ثانية تبين الحكم في حالة بيع المنقول، حيث تكون العبرة بعلم المشتري بإعلان الرغبة.

والمادة المقترحة تقابل المادة (1144) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (1167) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (902) من التقنين الكويتي.

ويتفق حكم المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الإسلامي، فقد جاء في قواعد ابن رجب (القاعدة 53 ص 86): أن الشفيع إذا طلب الشفعة لا يصح تصرف المشتري؛ لأن حقه تقرر وثبت... إلخ.

مادة (917):

يسقط الحق في الأخذ بالشفعة في الأحوال الآتية:

(أ) إذا نزل الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع.

(ب) إذا لم يعلن الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة خلال ثلاثة أشهر من يوم تسجيل بيع العقار، أو من يوم علم الشفيع ببيع المنقول.

(ج) في الأحوال الأخرىٰ التي نص عليها القانون.

هذه المادة تقابل المادة (948) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«يسقط الحق في الأخذ بالشفعة في الأحوال الآتية:

(أ) إذا نزل الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع.

(ب) إذا انقضت أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع.

(ج) في الأحوال الأخرىٰ التي نص عليها القانون».

وقد عدل البند (ب) من هذه المادة، فانقضت المدة المنصوص عليها من أربعة أشهر إلىٰ ثلاثة أشهر، وجعلت هذه المدة من يوم تسجيل بيع العقار، وأضيفت عبارة:

«أو من يوم علم الشفيع ببيع المنقول»؛ لبيان الحكم في حالة بيع المنقول.

انظر: المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1397) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 442 – 444).

والمادة المقترحة تقابل المادة (1134) بند «د» و«هـ» من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (1161) بند (3) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (903) من التقنين الكويتي.

وما يقضي به البند (أ) من المادة المقترحة من جواز النزول عن الشفعة مقدمًا، أي قبل البيع،- يخالف ما هو مقرر في الفقه الإسلامي من أنه لا يجوز النزول عن الحق قبل ثبوته، أما النزول عن الشفعة بعد طلبها فيقره الفقه الإسلامي، سواء كان صريحًا أو ضمنيًّا فقد نصت المادة (1024) من المجلة في هذا المعنىٰ علىٰ ما يأتي: «يشترط ألا يكون للشفيع رضىٰ في عقد البيع الواقع صراحه أو دلالة، مثلًا: إذا سمع عقد البيع، وقال: هو مناسب. فيسقط حق شفعته، وليس له طلب الشفعة بعد ذلك، وكذا إذا أراد أن يشتري أو يستأجر العقار المشفوع من المشتري بعد سماعه بعقد البيع، فيسقط حق شفعته، وكذلك إذا كان وكيلًا للبائع، فليس له حق شفعة في العقار الذي باعه».

ونصت المادة (107) من مرشد الحيران علىٰ أنه: «يشترط ألا يصدر من الشفيع رضاء بالبيع لا صراحة ولا دلالة».

وما يقضي به البند (ب) من المادة المقترحة يمكن حمله علىٰ أن سكوت الشفيع عن طلب الشفعة مدة ثلاثة أشهر بعد التسجيل أو العلم بقيد النزول عن حق الشفعة.



4- الحيازة

نظرة عامة:

يتصل موضوع الحيازة وأثرها في عدم سماع الدعوىٰ بحق عيني ضد الحائز، بما تقدم ذكره في النظرة العامة لموضوع عدم سماع الدعوىٰ بالالتزام، والفقه الإسلامي يرد الموضوعين إلىٰ أساس واحد، هو تلك القاعدة الأساسية التي تستند إلىٰ الحديث

الشريف الذي يقول: «**لا يبطل حق امرئ مسلم وإن قدم**». فجوهر الفكرة واحد في الموضوعين، وبناءً علىٰ ذلك نصت المجلة علىٰ أن: الحق لا يسقط بتقادم الزمان، وأنه إذا أقر المدعىٰ عليه بالحق يحكم عليه بإقراره دون اعتبار لمرور الزمان (م 1674 من المجلة) (انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم ص 88) وبهذا أخذت جميع المذاهب الفقهية.

إلا أن المذهبين المالكي والحنفي، وإن كانا قد أقرا عدم سقوط الحق بالتقادم، إلا إنهما أقرا من جهة أخرىٰ عدم سماع الدعوىٰ بالدين أو الحق العيني بعدم مضي مدة معينة، فقد جاء في شرح الخطاب (ج 6/ ص 228 و229): «... المنسوب لولد ابن فرحون الساكت عن طلب الدين ثلاثين سنة لا قول له، ويصدق الغريم في دعوىٰ الدفع، ولا يكلف الغريم ببينة لإمكان موتهم أو نسيانهم للشهادة..

وفي كتاب محمد بن ياسين في مدعي دين سلف بعد عشرين سنة، أن المدعىٰ عليه مصدق في القضاء؛ إذ الغالب ألا يؤخر السلف مثل هذه المدة كالبيوعات. قال عبد الملك وقال لي مطرف: وأصبح إذا ادعىٰ رجل حقًّا قديمًا، وقام عليه بذكر حقه، وذلك القيام بعد العشرين سنة ونحوها، أخذه به، وعلىٰ الآخر البراءة منه، وفي «مفيد الحكام» أن ذكر الحق المشهود فيه لا يبطل إلا بطول الزمان، كالثلاثين سنة والأربعين، وكذلك.. ونصت المادة (1660) من المجلة علىٰ أنه: «لا تسمع دعوىٰ الدين والوديعة والملك والعقار.. بعد أن تركت خمس عشرة سنة».

انظر المبررات التي استند إليها فقهاء المذهبين المالكي والحنفي، فيما رأوه من عدم سماع الدعوىٰ، وما انتهىٰ إليه المشروع فيما يتعلق بمدة التقادم في النظرة العامة التي تقدم ذكرها في خصوص عدم سماع الدعوىٰ بالالتزام.

☐- **تعريف الحيازة وأركانها:**

مادة (918): الحيازة سلطة فعلية يباشرها الحائز بنفسه، أو بواسطة غيره علىٰ شيء مادي، بحيث تكون في مظهرها الخارجي وفي قصد الحائز مزاولة للملكية، أو لحق عيني آخر.

هذه المادة تقابل المادة (1398) من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «الحيازة وضع مادي به يسيطر الشخص سيطرة فعلية علىٰ شيء يجوز التعامل فيه، أو يستعمل بالفعل حقًّا من الحقوق». وقد حذف هذا النص؛ لأنه يتضمن تعريفًا تغلب عليه الصبغة الفقهية (مجموعة الأعمال التحضيرية، ج 6/ ص 449).

ويتضح من التعريف المقترح أن قوام الحيازة سلطة فعلية يباشرها الحائز علىٰ شيء مادي، سواء كان ذلك بنفسه أو بواسطة غيره، وسواء كان الشيء عقارًا أو منقولًا، فالحيازة لا ترد علىٰ الأشياء غير المادية كالمصنفات الأدبية أو الحقوق الشخصية. وما يقال عن حيازة الحق الشخصي ليس حيازة بالمعني الفني، وإنما يراد به المظهر الذي يتوافر في أوضاع قانونية معينة علىٰ غير الحقيقة، فيقع في روع الناس أنه حقيقي، ويتعاملون بحسن نية علىٰ مقتضاه. فحائز الدين يقصد به الدائن الظاهر، كالوارث الظاهر بالنسبة إلىٰ ما كان للمتوفىٰ من ديون (قارن المذكرة الإيضاحية للمادة (1398) من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي في مجموعة الأعمال التحضيرية، ج 6/ ص 450) ولهذا فإن حيازة الدين بهذا المعنىٰ لا يترتب عليها أي من الآثار التي تترتب علىٰ الحيازة الحقيقية، ويستثنىٰ من ذلك الدين الثابت في سند لحامله، حيث يعتبر الدين أنه اندمج في السند، فيكون حائز السند حائزًا للدين الثابت فيه بالمعنىٰ الفني، ومن ثم تنطبق عليه أحكام الحيازة.

كما يبين من التعريف أن السلطة الفعلية التي يباشرها الحائز علىٰ الشيء - يجب أن تتفق في مظهرها الخارجي مع مزاولة الحق الذي ترد عليه الحيازة، وهذا هو العنصر المادي للحيازة فهو عبارة عن مجموع الأعمال المادية التي يباشرها عادة صاحب الحق الذي ترد عليه الحيازة، فإذا كان هذا الحق حق ملكية، وجب أن يباشر الحائز الأعمال المادية التي يباشرها المالك، وإذا كان حقًّا عينيًّا آخر تعين أن يقوم الحائز بالأعمال المادية التي يباشرها صاحب هذا الحق، أما التصرفات القانونية كالبيع والإيجار فلا تكفي للنهوض بالعنصر المادي في الحيازة؛ لأنها قد تصدر من شخص لا تتوافر له الحيازة؛ إذ هي لا تقتضي أن يكون لمن صدر منه التصرف سلطة فعلية علىٰ الشيء.

كذلك يبين من التعريف أن السلطة الفعلية التي يباشرها الحائز علىٰ الشيء يجب

أن تكون بقصد مزاولة الحق الذي ترد عليه الحيازة، وهذا هو العنصر المعنوي للحيازة، فهو عبارة عن نية الحائز في أن يظهر بمظهر المالك، أو صاحب الحق العيني الآخر الذي ترد عليه الحيازة، فهو بعبارة أخرىٰ نية الحائز في أن يعمل لحساب نفسه، حيث يباشر الأعمال المادية التي تعتبر مزاولة للحق التي ترد عليه الحيازة لحساب نفسه، أما الشخص الذي لا تتوافر لديه هذه النية؛ لأنه يعمل لحساب غيره، فلا يكون حائزًا حقيقيًّا، بل يعتبر حائزًا عرضيًّا، كما هي الحال بالنسبة إلىٰ التابع والمستأجر والمستعير.

علىٰ أن مقومات العنصر المعنوي للحيازة لا يقتصر علىٰ ذلك، فلا يكفي لتوافره أن تكون الأعمال التي تصدر من الحائز يقصد بها مزاولة الحق للحائز، بل يجب فضلًا عن ذلك أن يدعي الحائز الحق لنفسه عند المنازعة، وهذا شرط يتطلبه الفقه الإسلامي؛ لأنه يعتبر الحيازة دليلًا علىٰ الحق ومن ثم فلا يكون في عدم سماع الدعوىٰ خروج علىٰ القاعدة الأساسية التي جاءت في الحديث الشريف الذي يقول: «**لا يبطل حق امرئ مسلم وإن قدم**». وفي هذا المعنىٰ عند فقهاء المذهب المالكي يقول الدسوقي: «ويبقىٰ شرط خامس، هو أن يدعي الحائز وقت المنازعة ملك الشيء المحاز، وأما إذا لم يكن له حجة إلا مجرد الحوز فلا تنفعه». (حاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير: ج 4/ ص 235).

وقد راعىٰ المشروع ذلك في نصوصه، حيث يشترط لعدم سماع الدعوىٰ أن ينكر الحائز ما يدعيه المدعي.

وقد تعددت تعاريف الحيازة في الفقه الإسلامي، منها ما جاء في المذهب المالكي في الشرح الكبير: يقول الدردير: «الحيازة هي وضع اليد علىٰ الشيء والاستيلاء عليه، والتصرف يكون لواحد من أمور: سكنىٰ أو إسكان أو زرع أو غرس أو بيع أو هدم أو بناء أو قطع شجر أو عتق...». حاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير (ج 4/ ص 207).

وفي خصوص العنصر المادي للحيازة في المذهب الحنفي يقول الكاساني: «لأن اليد علىٰ العقار لا تثبت بالكون فيه، وإنما تثبت بالتصرف فيه» «البدائع، ج 6/ ص 256».
وهذا ما يقوله أيضًا ابن عابدين نقلًا عن البدائع (حاشية ابن عابدين، ج 5/ ص 587).

ويقول الزيلعي: «وقال الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: دليل الملك اليد مع التصرف، وبه قال

الحصاف؛ لأن اليد متنوعة إلىٰ ملك ووديعة وعارية وإجارة ورهن، فلا يمتاز إلا بالتصرف» (فتح القدير، ج 6/ ص 24 و25).

وفي المذهب المالكي يقول الحطاب: «والحيازة تكون بثلاثة أشياء: أضعفها السكنىٰ والازدراع، ويليها الهدم والبنيان والغرس والاستغلال، ويليها التفويت بالبيع والهبة والصدقة والنحلة والعتق وما أشبه ذلك، مما لا يفعله الرجل إلا في ماله» (شرح الحطاب، ج 6/ ص 222).

وقد عرض محمد ابن قيم الجوزية - وهو من فقهاء المذهب الحنبلي - المذهب المالكي في تعريف الحيازة وأركانها وآثارها ممتدحًا إياه، حيث عقد فصلًا في مذهب أهل المدينة في الدعاوىٰ، فقال فيه: «وهو من أسد المذاهب وأهمها، وهي عندهم علىٰ ثلاث مراتب: وأما المرتبة الثالثة فمثالها أن يكون رجل حائزًا لدار متصرفًا فيها السنين العديدة الطويلة بالبناء والهدم والإجارة والعمارة، وينسبها إلىٰ نفسه ويضيفها إلىٰ ملكه، وإنسان حاضر يراه ويشاهد أفعاله فيها طول هذه المدة، وهو مع ذلك لا يعارضه ولا يذكر أن له فيها حقًّا، ولا مانع يمنعه من مطالبته من خوف سلطان، أو ما أشبه ذلك من الضرر المانع من المطالبة بالحقوق، ولا بينه وبين المتصرف في الدار قرابة شركة في ميراث، أو ما أشبه ذلك مما يتسامح فيه القرابات والضمير بينهم، بل كان عريًا من جميع ذلك، ثم جاء بعد طول هذه المدة يدعيها لنفسه ويزعم أنها له ويريد أن يقيم بذلك بينة، فدعواه غير مسموعة أصلًا فضلًا عن بينته، وتبقىٰ الدار بيد حائزها؛ لأن كل دعوىٰ يكذبها العرف وتنفيها العادة، فإنها مرفوضة غير مسموعة، قال الله تعالىٰ: ﴿وَأۡمُرۡ بِٱلۡعُرۡفِ﴾ [سورة الأعراف: 199]، وقد أوجبت الشريعة الرجوع إليه عند الاختلاف في الدعاوىٰ، كالفقد والحمولة والسير وفي الأبنية ومعاقد القمط، ووضع الجذور علىٰ الحائط، وغير ذلك». (الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، مطبعة الآداب والمؤيد بمصر، سنة (1317) هجرية ص 88 و89).

والمادة المقترحة تقابل المادة (1171 / 1) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (905) من التقنين الكويتي.

مادة (919): تكون الحيازة بالواسطة متىٰ كان الوسيط يباشر السيطرة علىٰ الشيء لحساب الحائز.

هذه المادة تقابل المادة الأولىٰ من المادة (951) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «تصح الحيازة بالوساطة، متىٰ كان الوسيط يباشرها باسم الحائز، وكان متصلًا به اتصالًا يلزمه الائتمار بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيازة».

وقد أدخلت على هذا النص التعديلات الآتية:

1- **استبدلت كلمة:** «بالواسطة» بكلمة: «بالوساطة»، واستبدلت عبارة: «متىٰ كان الوسيط يباشر السيطرة علىٰ الشيء لحساب الحائز» بعبارة: «متىٰ كان الوسيط يباشرها (الحيازة) باسم الحائز»؛ لأن العبارة المختارة أدق في الدلالة علىٰ المعنىٰ المقصود.

2- **حذفت العبارة الأخيرة التي تقول:** «وكان متصلًا به اتصالًا يلزمه الائتمار بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيازة»؛ وذلك لأن هذه العبارة تقتصر علىٰ الحائز العرضي الذي ينزل من الحائز الأصلي منزلة التابع من المتبوع، ولا تشمل الحائز العرضي الذي لا يعتبر تابعًا كالمستأجر والمستعير والحارس والمودع عنده، مع أن الوسيط يشمل هاتين الطائفتين، فهو في كلتيهما يحوز لحساب الحائز الأصلي.

انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1401/ 1) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 455).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (908) من التقنين الكويتي.

وحكمها يتسق مع نصوص الفقه الإسلامي؛ إذ إن الحيازة بالواسطة إنما تكون بأن يباشر الحائز الأعمال المادية بواسطة شخص آخر يعمل لحسابه، والفقه الإسلامي يتحدث عن اليد التي تكون دليلًا علىٰ الملك مع التصرف، بنحو الوديعة والعارية والإجارة والرهن (انظر قول الزيلعي في فتح القدير (ج 6/ ص 24 و25) وقد تقدم ذكره تحت المادة السابقة).

مادة (920): لا تقوم الحيازة بعمل يأتيه الشخص علىٰ أنه من المباحات أو بعمل

يتحمله الغير علىٰ سبيل التسامح.

هذه المادة تتفق مع الفقرة الأولىٰ من المادة (949) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «لا تقوم الحيازة علىٰ عمل يأتيه شخص علىٰ أنه مجرد رخصة من المباحات، أو عمل يتحمله الغير علىٰ سبيل التسامح».

وقد أدخلت علىٰ هذا النص تعديلات لفظية، وحذفت منه عبارة: «مجرد رخصة»؛ لأن المقصود حق يباح للشخص أن يمارسه إذا أراد، كأن يفتح الشخص مطلًا علىٰ ملك الجار مع مراعاة المسافة القانونية، فلا يعتبر حائزًا لحق ارتفاق؛ لأنه أتىٰ عملًا مباحًا ليس فيه تعدٍّ علىٰ أحد.

والمادة المقترحة تقابل المادة (907) من التقنين الكويتي.

وتتفق مع ما جاء في المادة (1145/ 2) من التقنين العراقي.

وعدم قيام الحيازة بعمل يأتيه الشخص علىٰ أنه من المباحات - يتفق مع القواعد العامة في الفقه الإسلامي.

أما عدم قيام الحيازة بعمل يتحمله الغير علىٰ سبيل التسامح، فإن فقهاء المذهب المالكي قد تحدثوا عنه بمناسبة الحيازة بين الأقارب والتمييز بينهم وبين الأجانب، واحتمال أن تكون أعمال الحيازة بين الأقارب من قبيل التسامح، وهم في هذا يحددون مددًا للحيازة بين الأقارب تختلف باختلاف أعمال الحيازة كما أنهم يميزون بين البلاد التي يتوسع أهلها في أعمال التسامح فيما بين الأقارب، فتطول مدة الحيازة بينهم، والبلاد التي لا يتوسع الأقارب فيها في أعمال التسامح فيما بينهم فتقضي هذه المدة، ومن أقوالهم ما يقوله المواق:

«... وقيل: إنما يفرق بين القرابات والأجنبيين في البلاد التي يعرف أهلها أنهم يتوسعون بذلك لقرابتهم، ومن هذا المعنىٰ ما نقله البرزلي عن الباحي أن عشر سنين لا تقطع حق القرابة، إلا أن يثبت أن بين القائم والمقوم عليه من عدم المسامحة والنشاح في ما لا يترك الحق به هذه المدة، وحكي مثل هذا في الحقوق في غير الأملاك» (الحطاب ج 6/ ص 226).

وفي المذهب الحنفي تنص المادة (50) من مرشد الحيران في هذا الصدد علىٰ ما يأتي: «للمبيح أن يرجع عن إباحته ولا يلزم بالإذن والرضا، فإن لم يأذن لأحد حق المرور في عرصة آخر، ومر فيها مدة بإذن صاحبها - فلا يترتب علىٰ مروره حق له، بل لصاحب العرصة أن يمنعه من المرور متىٰ شاء»، وفي هذا المعنىٰ أيضًا ما تنص عليه المادة (1226) من المجلة.

مادة (921): يجوز لعديم الأهلية أو ناقصها أن يكسب الحيازة عن طريق من ينوب عنه قانونًا.

هذه المادة تقابل المادة (950) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «يجوز لغير المميز أن يكسب الحيازة عن طريق من ينوب عنه نيابة قانونية».

وقد أدخل علىٰ هذا النص تعديل لفظي كما توسع المشروع، فلم يجعل الحكم قاصرًا علىٰ عديم الأهلية، بل جعله شاملًا كذلك لناقص الأهلية، حيث لا وجه للتفرقة بين عديم الأهلية وناقص الأهلية في هذا الخصوص.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1400) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 455).

والمادة المقترحة تطابق المادة (909) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (1171 / 2) من التقنين الأردني التي تتفق مع المادة (950) من التقنين المصري الحالي.

ويتفق حكم المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الإسلامي، فقد جاء في شرح كتاب النيل وشفاء العليل «وفي الديوان: تجوز الحيازة لجميع الناس، ذكرًا كان أو أنثىٰ، بالغًا أو طفلًا حرًّا أو عبدًا، ويحوز الرجل لنفسه، أو لمن ولي أمره أو لغيره» ص (522).

مادة (922):

1- ليس لمن يجوز لحساب غيره أن يغير بنفسه لنفسه صفة حيازته.

2- ولكن تتغير هذه الصفة إما بفعل الغير، وإما بفعل من الحائز يعتبر معارضة

لحق المالك، ولا تبدأ الحيازة بصفتها الجديدة، إلا من وقت هذا التغيير.

هذه المادة تقابل المادة (972) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- ليس لأحد أن يكسب بالتقادم علىٰ خلاف سنده، فلا يستطيع أحد أن يغير بنفسه لنفسه سبب حيازته، ولا الأصل الذي تقوم عليه هذه الحيازة.

2- ولكن يستطيع أن يكسب بالتقادم إذا تغيرت صفة حيازته، إما بفعل الغير وإما بفعل منه يعتبر معارضة الحق المالك، ولكن في هذه الحالة لا يبدأ سريان التقادم إلا من تاريخ هذا التغيير».

وقد عدلت صياغة هذه المادة علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة؛ لأن المقصود هو بيان متىٰ تتغير صفة الحيازة العرضية وتتحول إلىٰ حيازة أصيلة.

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (910) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (1160) من التقنين العراقي التي تتفق مع المادة (972) من التقنين المصري الحالي.

وتقابل المادة (1185) من التقنين الأردني.

ويميز الفقه الإسلامي تمييزًا واضحًا بين الحيازة الحقيقية والحيازة العرضية، ويرىٰ أن هذه الأخيرة لا تتحول إلىٰ حيازة حقيقية إلا بتصرف يصدر من الحائز العرضي، كما أنه يسوي بين الحيازة العرضية والغصب من حيث عدم اعتبار الحيازة دليلًا علىٰ الملك، ولذا فإن فقهاء المذهب المالكي يعتبرون الحوز أعم من الملك، لأنه يشمله وغيره، وفي ذلك يقول الدردير: «لأن الحوز قد يكون عن مالك وغيره، فهو أعم من الملك، والأعم لا يستلزم الأخص». (الشرح الكبير علىٰ هامش حاشية الدسوقي، ج 4/ ص 196).

ويقول ابن فرحون: «إذا عرف أصل دخول الحائز في الملك، مثل أن يكون دخوله بكراء أو عارية أو غصب أو إعمار - فهو محمول علىٰ ذلك، ولا ينتفع بحيازته، حتىٰ يأتي بأمر محقق من شراء أو صدقة أو هبة ونحو ذلك» (تبصرة الحكام علىٰ هامش فتح العلي المالك، ج 2/ ص 103).

ويقول ابن جُزَي في مناسبة ترجيح يد الحائز علىٰ ادعاء المدعي: «إلا أن أثبت (المدعي) أنه بيد الحائز علىٰ وجه الكراء، أو المساقاة أو الاعتمار أو شبه ذلك». (قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية، دار العلم للملايين، بيروت ص 332).

وجاء في شرح كتاب النيل وشفاء العليل: «ولا تجوز الحيازة فيما كان أصله أمانة، أو ما كان أصله تعدية». (ج 13/ ص 514).

مادة (923): إذا اقترنت الحيازة بإكراه، أو حصلت خفية، أو كان فيها لبس - فلا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه، أو أخفيت عنه الحيازة، أو التبس عليه أمرها، إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب.

هذه المادة تطابق الفقرة الثانية من المادة (949) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (1146) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (1172) من التقنين الأردني.

وتطابق المادة (911) من التقنين الكويتي.

ويتضح من المادة المقترحة أن عيوب الحيازة هي الإكراه والخفاء واللبس، أي إن الشروط التي تطلب في الحيازة لكي تكون صالحة لأن تنتج آثارها - هي الهدوء والظهور والوضوح. ويتحدث الفقه الإسلامي عن شرط الهدوء في كلامه عن شرط عدم الإكراه، وعن شرط الظهور في شرط حضور المحاز عليه ورؤيته لتصرفاته وأعمال الحائز وعن شرط الوضوح في كلامه عن الحيازة بين الأقارب والشركاء.

انظر: المدونة الكبرىٰ للإمام مالك ص (32 - 46) مختصر خليل ص (263) وما بعدها، الشرح الكبير للدردير علىٰ هامش حاشية الدسوقي (ج 4/ ص 223)، شرح الحطاب (ج 6/ ص 221 و227)، الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية ص (88 و89).

2- إثبات الحيازة:

مادة (924): إذا ثبت قيام الحيازة في وقت سابق معين، وكانت قائمة حالًا، كان ذلك قرينة علىٰ قيامها في المدة ما بين الزمنين، ما لم يقم الدليل علىٰ العكس.

هذه المادة تطابق المادة (971) من التقنين الحالي مع تعديل لفظي طفيف.

وتطابق المادة (1159) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (1184 / 2) من التقنين الأردني.

وتتفق مع المادة (912) من التقنين الكويتي.

ويقوم حكم القرينة المنصوص عليها في المادة المقترحة على أساس الغالب المألوف في الواقع العملي، ومن ثم فإنه لا يناقض قواعد الفقه الإسلامي في إثبات الحيازة.

مادة (925): إذا تنازع أشخاص متعددون على الحيازة، افترض أن من يباشر السيطرة المادية هو الحائز إلى أن يثبت العكس.

هذه المادة تقابل المادة (963) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«إذا تنازع أشخاص متعددون على حيازة حق واحد، اعتبر بصفة مؤقتة أن حائزه هو من له الحيازة المادية، إلا إذا ظهر أنه قد حصل على هذه الحيازة بطريقة معيبة».

وقد أدخلت على هذه المادة تعديلات لفظية، وحذفت العبارة الأخيرة منها؛ لأن حكمها يدخل في نطاق إثبات العكس.

وما تتضمنه المادة المقترحة إنما هو افتراض يتحدد في ضوئه عبء الإثبات، وليس قرينة قانونية، فمن تكن له الحيازة المادية يفترض لصالحه أن حيازته صحيحة يتوافر لها العنصر المادي والمعنوي، وأنها بريئة من العيوب، وعلى من يدعي غير ذلك أن يقيم الدليل على ما يدعيه، فإذا نجح الحائز في إثبات الحيازة المادية، وهي واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق، قام هذا الافتراض لصالحه، ويستطيع المدعي أن ينقض هذا الافتراض

بأن يقيم الدليل على عدم توافر العنصر المعنوي، أو يقيم الدليل على أن الحيازة مشوبة بعيب.

والمادة المقترحة تطابق العبارة الأولى من المادة (913) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (1175 / 1) من التقنين الأردني التي تتفق مع المادة (963) من التقنين المصري الحالي.

ويقوم حكم الافتراض المنصوص عليه في المادة المقترحة علىٰ أساس الغالب المألوف في الواقع العملي، ومن ثم فإنه لا يناقض قواعد الفقه الإسلامي في إثبات الحيازة. (انظر م 1755 من المجلة: «إذا تنازع شخصان في عقار، وادعىٰ كل منهما كونه ذا اليد في ذلك العقار فتطلب البينة من كل واحد منهما علىٰ كونه ذا اليد...»).

مادة (926): تبقىٰ الحيازة محتفظة بالصفة التي بدأت بها وقت كسبها ما لم يقم الدليل علىٰ عكس ذلك.

هذه المادة تطابق المادة (967) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (1148/ 3) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (1175/ 2) من التقنين الأردني.

وتطابق المادة (916) من التقنين الكويتي.

فبمقتضىٰ المادة المقترحة إذا كسب شخص الحيازة، وكان حسن النية - وحسن النية مفترض - فإنه يبقىٰ حائزًا حسن النية، إلىٰ أن يثبت صاحب الحق سوء نيته، وإذا ثبت أن الحائز سيئ النية، فإنه يبقىٰ حائزا سيئ النية، وتنتقل حيازته بصفتها هذه إلىٰ وارثه، فيعتبر الوارث سيئ النية مثل مورثه إلىٰ أن يثبت أنه حسن النية.

كذلك إذا كانت الحيازة في بدايتها حيازة حقيقية، فتعتبر أنها ظلت كذلك، فإذا ادعىٰ شخص آخر أن هذه الحيازة قد تحولت إلىٰ حيازة عرضيًّا - وقع عليه عبء إثبات هذا الادعاء كأن يثبت مثلًا أنه اشترىٰ الشيء من الحائز ثم تركه في يده بموجب عقد إيجار، وعلىٰ العكس من ذلك إذا أثبت شخص غير الحائز أن الحيازة في بدايتها كانت حيازة عرضية - فإن هذه الحيازة تعتبر أنها قد ظلت حيازة عرضية، فإذا ادعىٰ الحائز أن هذه الحيازة قد تحولت إلىٰ حيازة حقيقية، وجب عليه أن يثبت وقوع هذا التحول بأحد الطريقين اللذين نصت عليهما المادة (922 / 2).

والأمر يتعلق هنا بافتراض يتحدد في ضوئه عبء الإثبات.

ويقوم حكم الافتراض المنصوص عليه في المادة المقترحة علىٰ أساس الغالب

المألوف في الواقع العملي، ومن ثم فإنه لا يناقض قواعد الفقه الإسلامي في إثبات الحيازة، بل تؤيده القاعدة التي تقول: «الأصل بقاء ما كان علىٰ ما كان» (م 5 من المجلة).

3 – **الحيازة بحسن نية، والحيازة بسوء نية:**

مادة (927):

1 – يعتبر الحائز حسن النية إذا كان يجهل أنه يعتدي علىٰ حق الغير، إلا إذا كان هذا الجهل ناشئًا عن خطأ جسيم.

2 – وإذا كان الحائز شخصًا اعتباريًّا، فالعبرة بنية من يمثله.

3 – وحسن النية يفترض ما لم يقم الدليل علىٰ العكس، أو ينص القانون علىٰ خلاف ذلك.

هذه المادة تقابل المادة (965) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1 – يعد حسن النية من يجوز الحق وهو يجهل أنه يعتدي علىٰ حق الغير، إلا إذا كان الجهل ناشئًا عن خطأ جسيم.

2 – فإذا كان الحائز شخصًا معنويًّا، فالعبرة بنية من يمثله.

3 – وحسن النية يفترض دائمًا، ما لم يقم الدليل علىٰ العكس».

وقد أدخلت علىٰ هذه المادة تعديلات لفظية.

كما أضيفت في نهاية الفقرة الثالثة عبارة: «أو ينص القانون علىٰ خلاف ذلك». فافتراض حسن النية في الحائز هو الأصل؛ أخذًا بالغالب في الواقع العملي، وبمقتضاه يتحدد عبء الإثبات، فإذا ادعىٰ شخص آخر أن الحائز سيئ النية، وقع عليه عبء إثبات سوء النية، وقد ينص القانون في حالة معينة علىٰ عدم افتراض حسن النية في الحائز وتكليفه إثبات حسن نيته، مثل ذلك ما نصت عليه المادة (929) من أن: «تنتقل الحيازة إلىٰ الخلف العام بصفاتها، علىٰ أنه إذا كان السلف سيئ النية، وأثبت الخلف أنه كان في حيازته حسن النية – جاز له أن يتمسك بحسن نيته، فالمفروض هنا أن حائزًا ثبت سوء نيته ثم انتقلت حيازته إلىٰ وارثه، فأصبح الوارث هو الحائز، ففي هذه الحالة لا يفترض

حسن النية لدىٰ الحائز وهو الوارث، إذ إن الحيازة تنتقل إليه بالصفة التي كانت لها لدىٰ المورث، ومن ثم يعتبر الوارث حائزًا سيئ النية، كما كان مورثه، فإذا ادعىٰ حسن نيته كان عليه إثبات ذلك.

والمادة المقترحة تقابل المادة (1148 / 1) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (1176) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (914) من التقنين الكويتي.

ويتفق حكم المادة المقترحة مع المبادئ العامة في الفقه الإسلامي، وتؤيده القاعدة التي تقول: «الأمور بمقاصدها، يعني: أن الحكم الذي يترتب علىٰ أمر يكون علىٰ مقتضىٰ ما هو المقصود من ذلك الأمر» (م2 من المجلة).

مادة (928):

1- يصبح الحائز سيئ النية من الوقت الذي يعلم فيه أن حيازته اعتداء علىٰ حق الغير.

2- ويعتبر الحائز سيئ النية من وقت إعلانه في صحيفة الدعوىٰ، بما يفيد أن حيازته اعتداء علىٰ حق الغير. كما يعتبر سيئ النية إذا اغتصب الحيازة بالإكراه من غيره.

هذه المادة تتفق مع المادة (966) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- لا تزول صفة حسن النية لدىٰ الحائز، إلا من الوقت الذي يصبح فيه عالمًا أن حيازته اعتداء علىٰ حق الغير.

2- ويزول حسن النية من وقت إعلان الحائز بعيوب حيازته في صحيفة الدعوىٰ، ويعد سيئ النية من اغتصب الحيازة بالإكراه من غيره.

وقد أدخلت علىٰ هذه المادة تعديلات؛ لفظية مراعاة للدقة في التعبير.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1417) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 489).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (1177) من التقنين الأردني التي تطابق المادة (966) من التقنين المصري الحالي.

وتتفق مع المادة (915) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (1148/ 2) من التقنين العراقي.

ويتفق حكم المادة المقترحة مع المبادئ العامة في الفقه الإسلامي. وتؤيده القاعدة التي تقول: «الأمور بمقاصدها، يعني أن الحكم الذي يترتب علىٰ أمر يكون علىٰ مقتضىٰ ما هو المقصود من ذلك الأمر» (م2 من المجلة).

4- انتقال الحيازة:

مادة (929): تنتقل الحيازة إلىٰ الخلف العام بصفاتها، علىٰ أنه إذا كان السلف سيئ النية، وأثبت الخلف أنه كان في حيازته حسن النية - جاز له أن يتمسك بحسن نيته.

هذه المادة تطابق الفقرة الأولىٰ من المادة (955) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (917) من التقنين الكويتي.

وتتفق مع المادة (1149/ 1) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (1173/ 2) من التقنين الأردني.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1406/ 1) من مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 463).

وفي الفقه الإسلامي في المذهب المالكي يقول الفقهاء بإضافة مدة حيازة المورث إلىٰ مدة حيازة الوارث، حيث ينقل الحطاب عن ابن رشد قائلًا: «وقال ابن رشد، في رسم سلف من سماع ابن القاسم، من كتاب الاستحقاق: وأما المدة فينبغي أن يستوي فيها الوارث والمورث؛ لعموم قول النبي ﷺ: **«من حاز شيئًا عشر سنين فهو له»**. وتضاف مدة حيازة الوارث إلىٰ مدة حيازة المورث، مثل: أن يكون الوارث قد حاز خمسة أعوام، وكان مورثه قد حاز خمسة أعوام، فيكون ذلك حيازة عن الحاضر». (شرح الحطاب، ج 6/ ص 224). ويقول الخرشي: «ثم إن مدة العشر سنين تلفق من حيازة الوارث

ومورثه، وكذا مورث مورثه» (شرح الخرشي، ج 7/ ص 286). ويقول عليش: وتلفق مدة العشر من حيازة الوارث ومورثه، مثل أن يكون المورث قد حاز خمس سنين والوارث كذلك. قاله في مختصر المتيطية. ويجري ذلك في المدة الطويلة الزائدة عن هذه، والقصيرة عنها، كما في قوله: ففي الدابة وأمة الخدمة السنتان إلخ، وكذا السنة». (فتح العلي المالك، ج 2/ ص 316).

وفي المذهب الحنفي كذلك تضم مدة حيازة المورث إلىٰ مدة حيازة الوارث، كما تضم مدة حيازة الموصي إلىٰ مدة حيازة الموصىٰ له، فقد نصت المادة (153) من مرشد الحيران علىٰ ما يأتي: «لواضع اليد علىٰ العقار أن يضم إلىٰ مدة وضع يده وضع يد من انتقل منه العقار إليه، سواء كان انتقاله بشراء أو هبة أو وصية أو إرث أو غير ذلك، فإن جمعت المدتان وبلغت المدة المحددة لمنع سماع الدعوىٰ - فلا تسمع علىٰ واضع اليد دعوىٰ المالك المطلق، ولا دعوىٰ الإرث، ولا الواقف.

وتناولت المادة (1670) من المجلة الحكم من جانب المدعي، بحيث يأتي شاملًا للتقادم المسقط والتقادم المكسب، فنصت علىٰ ما يأتي: إذا ترك المورث الدعوىٰ مدة، وتركها الوارث أيضًا مدة، وبلغ مجموع المدتين حد مرور الزمان - فلا تسمع».

مادة (930): تنتقل الحيازة من الحائز إلىٰ غيره إذا اتفقا علىٰ ذلك، وكان في استطاعة من انتقلت إليه الحيازة أن يسيطر علىٰ الحق الواردة عليه الحيازة، ولو لم يكن هناك تسلم مادي للشيء المحمل بهذا الحق.

هذه المادة تطابق المادة (952) من التقنين الحالي مع تعديل لفظي طفيف.

وتتفق مع المادة (1174) من التقنين الأردني.

وتتفق مع المادة (918) من التقنين الكويتي.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م(1403) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج6/ ص463).

ويتسق حكم المادة المقترحة مع القواعد المقررة في الفقه الإسلامي.

مادة (931): يجوز أن يتم نقل الحيازة دون تسليم مادي إذا استمر الخلف واضعًا يده لحساب من يخلفه في الحيازة، أو استمر الخلف واضعًا يده ولكن لحساب نفسه.

هذه المادة تطابق المادة (953) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (919) من التقنين الكويتي.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي ويتسق حكم المادة المقترحة مع القواعد المقررة في الفقه الإسلامي.

مادة (932):

1- يجوز أن يتم نقل الحيازة إذا تسلم الخلف ما يمكنه من التسلم المادي للشيء.

2- فتسليم السندات المعطاة عن البضائع المعهود بها إلىٰ أمين النقل، أو المودعة في المخازن - يقوم مقام تسليم البضائع ذاتها. علىٰ أنه إذا تسلم شخص هذه السندات، وتسلم آخر البضاعة ذاتها، وكان كلاهما حسن النية - فإن الأفضلية تكون لمن تسلم البضاعة.

هذه المادة تقابل المادة (954) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يلي:

«1- تسليم السندات المعطاة عن البضائع المعهود بها إلىٰ أمين النقل، أو المودعة في المخازن - يقوم مقام تسليم البضائع ذاتها.

2- علىٰ أنه إذا تسلم شخص هذه المستندات، وتسلم آخر البضاعة ذاتها، وكان كلاهما حسن النية - فإن الأفضلية تكون لمن تسلم البضاعة».

وقد عدلت هذه المادة بأن أفردت فقرة أولىٰ لتقرير القاعدة في هذا الصدد. حيث يصح أن تنتقل الحيازة انتقالًا رمزيًا، وذلك إذا تسلم الحائز أداة يستطيع بواسطتها أن يتسلم الشيء تسلم الشيء تسلمًا ماديًا، كما لو تسلم المشتري مفاتيح المنزل المبيع، أو تسلم مفاتيح المكان الذي توجد به المنقولات المبيعة. فالصورتان المذكورتان، وهما

تسلم سندات البضائع المعهود بها إلىٰ أمين النقل، وتسلم سندات البضائع المودعة في المخازن – إنما هما مثلان لانتقال الحيازة انتقالًا رمزيًّا.

كما عدلت بجمع فقرتيها في فقرة واحدة، هي الفقرة الثانية في المادة المقترحة.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1405) في مجموعة الأعمال التحضيرية (6/ ص 463).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (920) من التقنين الكويتي.

ويتسق حكم المادة المقترحة مع القواعد المقررة في الفقه الإسلامي.

مادة (933): يجوز للخلف الخاص أن يضم إلىٰ حيازته حيازة سلفه في كل ما يرتبه القانون علىٰ الحيازة من أثر.

هذه المادة تطابق الفقرة الثانية من المادة (955) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (921) من التقنين الكويتي.

وتتفق مع المادة 1149/ 2 من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (1173/ 2) من التقنين الأردني.

انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1406/ 2) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 463).

وفي الفقه الإسلامي في المذهب الحنفي يجوز للخلف الخاص أن يضم إلىٰ حيازته حيازة سلفه، فقد نصت المادة (153) من مرشد الحيران علىٰ ما يأتي: «لواضع اليد علىٰ العقار أن يضم إلىٰ مدة وضع يد من انتقل منه العقار إليه، سواء كان انتقاله بشراء أو هبة أو وصية أو إرث أو غير ذلك، فإن جمعت المدتان وبلغت المدة المحددة لمنع سماع الدعوىٰ، فلا تسمع علىٰ واضع اليد دعوىٰ المالك المطلق، ولا دعوىٰ الإرث، ولا الوقف».

وتناولت المادة (1671) من المجلة الحكم في حالة تضم فيها مدة ترك السلف للدعوىٰ إلىٰ مدة ترك الخلف الخاص لها لصالح حائز، فنصت علىٰ ما يأتي: «البائع والمشتري والواهب والموهوب له كالمورث والوارث. مثلًا: إذا كان أحد متصرفًا في

عرصة متصلة بدار خمس عشرة سنة مع سكوت صاحب الدار، ثم عندما بيعت الدار ادعىٰ المشتري بأن هذه العرصة طريق خاص للدار التي اشتريتها، فلا تسمع دعواه، كذلك لو سكت البائع مدة والمشتري مدة، وبلغ مجموع المدتين حد مرور الزمان - لا تسمع دعوىٰ المشتري».

5- زوال الحيازة:

مادة (934):

1- تزول الحيازة، فتنقطع مدة التقادم المانع من سماع الدعوىٰ، إذا تخلىٰ الحائز عن سيطرته الفعلية علىٰ الحق، أو فقد هذه السيطرة بأية طريقة أخرىٰ.

2- غير أن هذه المدة لا تنقطع بفقد الحيازة، فلا تعتبر الحيازة أنها قد زالت، إذا وردت علىٰ عقار واستردها الحائز خلال سنة، أو رفع الدعوىٰ باستردادها في هذا الميعاد.

الفقرة الأولىٰ من هذه المادة تتفق مع المادة (956) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «تزول الحيازة إذا تخلىٰ الحائز عن سيطرته الفعلية علىٰ الحق، أو فقد هذه السيطرة بأية طريقة أخرىٰ».

وقد أضيفت إلىٰ هذا النص عبارة: «فتنقطع مدة التقادم المانع من سماع الدعوىٰ». إذ إن هذا السبب لانقطاع مدة التقادم المانع من سماع الدعوىٰ - ينفرد به التقادم المكسب دون التقادم المسقط؛ لأن المفروض فيه أن تزول الحيازة، والحيازة لا تكون إلا في التقادم المكسب.

والفقرة الثانية من المادة المقترحة تتفق مع الفقرة الثانية من المادة (975) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «غير أن التقادم لا ينقطع بفقد الحيازة إذا استردها الحائز خلال سنة، أو رفع دعوىٰ باستردادها في هذا الميعاد».

وقد أضيفت إلىٰ هذا النص ما يوضح الحكم الوارد فيه.

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (922) من التقنين الكويتي.

وتتفق مع المادتين (1178 و1187) من التقنين الأردني.

والفقرة الثانية منها تتفق مع المادة (1161) من التقنين العراقي.

وأحكام المادة المقترحة لا تتعارض مع قواعد الفقه الإسلامي.

فالفقرة الأولىٰ منها تتضمن حكمًا تقتضيه طبيعة الأشياء، والفقرة الثانية يرمي حكمها إلىٰ حماية الحائز عند فقده للحيازة.

مادة (935):

1- لا تزول الحيازة إذا حال دون مباشرة السيطرة الفعلية علىٰ الحق مانع وقتي.

2- ولكن تزول الحيازة إذا كانت واردة علىٰ عقار وسلبت، بحيث نشأت حيازة جديدة وقعت رغم إرادة الحائز أو بغير علمه، واستمرت سنة كاملة دون أن يسترد حيازته، وتحسب السنة ابتداءً من الوقت الذي بدأت فيه الحيازة الجديدة إذا بدأت علنًا، أو من وقت علم الحائز بها إذا بدأت خفية.

هذه المادة تتفق مع المادة (957) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- لا تنقضي الحيازة إذا حال دون مباشرة السيطرة الفعلية علىٰ الحق مانع وقتي.

2- ولكن الحيازة تنقضي إذا استمر هذا المانع سنة كاملة، وكان ناشئًا من حيازة جديدة وقعت رغم إرادة الحائز أو دون علمه، وتحسب السنة ابتداءً من الوقت الذي بدأت فيه الحيازة إذا بدأت علنًا، أو من وقت علم الحائز الأول بها إذا بدأت خفية».

وقد عدلت هذه المادة وأضيف إليها بما يوضح الحكم الوارد فيها، ويعتبر الحكم الوارد في الفقرة الثانية منها وفي الفقرة الثانية من المادة المقترحة، الصورة العكسية للحكم الوارد في الفقرة الثانية من المادة السابقة.

والمادة المقترحة تقابل المادة (1179) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (922/ 2) من التقنين الكويتي.

والفقرة الثانية منها تقابل المادة (1150/ 2) من التقنين العراقي.

وأحكام المادة المقترحة لا تتعارض مع قواعد الفقه الإسلامي.

6- آثار الحيازة:

مادة (936): من كان حائزًا للحق، اعتبر صاحبه، حتىٰ يقوم الدليل علىٰ العكس.

هذه المادة تطابق المادة (964) من التقنين الحالي.

وتتفق مع المادة (923) من التقنين الكويتي.

وتتفق مع المادة (1157/ 1) من التقنين العراقي.

فإذا قام نزاع علىٰ الملكية أو علىٰ حق عيني آخر، فإن الحائز يصبح بفضل الحيازة في مركز المدعىٰ عليه في الدعوىٰ. ذلك أن عبء الإثبات يقع علىٰ من يدعي خلاف الظاهر. ويتحدد هذا الظاهر بحسب المألوف الذي يغلب وقوعه، فهو في هذا الصدد أن من يحوز الحق يفترض فيه أنه صاحبه، فحائز الحق لا يكون عليه أن يثبت أنه صاحبه؛ حيث يقوم هذا الافتراض لصالحه، وعلىٰ من يدعي غيره أنه صاحب هذا الحق - أن يقيم الدليل علىٰ ما يدعيه. ويتضح من هذا أن النص المقترح يتضمن افتراضًا يتحدد في ضوئه عبء الإثبات، طبقًا للقواعد العامة في هذا الشأن.

وكون الحائز هو المدعىٰ عليه في دعوىٰ الحق العيني - يكفل له مركزًا ممتازًا في هذه الدعوىٰ؛ حيث لا يجب عليه أن يثبت شيئًا، وإنما يقع علىٰ الخصم الذي ينازعه فيدعي أنه صاحب الحق - عبء إثبات ما يدعيه، فإذا أخفق الخصم في هذا الإثبات رفضت دعواه، فتظل الحيازة للحائز، علىٰ أن هذا لا يعني التسليم للحائز بأنه صاحب الحق، وإنما يعني فحسب أن خصمه عجز عن إثبات ادعائه، فيبقىٰ الوضع علىٰ ما كان عليه قبل رفع الدعوىٰ؛ لأنه لم يطرأ حينئذٍ ما يدعو إلىٰ تغييره، فإذا صار الخصم فيما بعد هو الحائز للحق محل النزاع، ورفع الحائز السابق عليه دعوىٰ الاستحقاق - فلا يمكن لهذا الحائز السابق أن يحتج بالحكم السابق للتدليل علىٰ ملكيته.

قارن المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1415/ 1) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 483).

وفي الفقه الإسلامي تعتبر الحيازة كالشاهد علىٰ الملك: يقول الحطاب في شرح قول خليل: «ختم رَحِمَهُ ٱللَّهُ كتاب الشهادات بالكلام علىٰ الحيازة؛ لأنها كالشاهد علىٰ الملك» (شرح الحطاب، ج 6/ ص 221) والافتراض الذي تتضمنه المادة المقترحة يتفق مع

الأصل المقرر في الشريعة الإسلامية، وفي القانون الوضعي، وهو أن البينة علىٰ المدعي.

مادة (937):

1- لحائز العقار - إذا فقد الحيازة - أن يطلب خلال السنة التالية لفقدها ردها إليه، فإذا كان فقد الحيازة خفية، بدأ سريان السنة من وقت انكشافه.

2- ويجوز أيضًا لمن كان حائزًا لحساب غيره أن يطلب استرداد الحيازة.

هذه المادة تتفق مع المادة (958) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- لحائز العقار - إذا فقد الحيازة - أن يطلب خلال السنة التالية لفقدها ردها إليه. فإذا كان فقد الحيازة خفية، بدأ سريان السنة من وقت أن ينكشف ذلك.

2- ويجوز أيضًا أن يسترد الحيازة من كان حائزًا بالنيابة عن غيره».

وقد عدلت عبارة الفقرة الثانية من نص التقنين الحالي علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة؛ مراعاة للدقة في التعبير.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1409) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 479).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (1150/ 1) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (924) من التقنين الكويتي.

وأحكام المادة المقترحة لا تتعارض مع قواعد الفقه الإسلامي، حيث يراد بها حماية الحيازة لصالح الحائز.

مادة (938):

1- إذا لم يكن من فقد الحيازة قد انقضت علىٰ حيازته سنة وقت فقدها - فلا يجوز أن يسترد الحيازة إلا من شخص لا يستند إلىٰ حيازة أحق بالتفضيل، والحيازة الأحق بالتفضيل هي الحيازة التي تقوم علىٰ سند قانوني، فإذا لم يكن لدىٰ أي من الحائزين سند، أو تعادلت سنداتهم، كانت الحيازة الأحق هي الأسبق في التاريخ.

2- أما إذا كان فقد الحيازة بالقوة، فللحائز في جميع الأحوال أن يسترد خلال

السنة التالية حيازته من المعتدي.

هذه المادة تطابق المادة (959) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (925) من التقنين الكويتي، فيما عدا مدة الاسترداد؛ إذ هي في هذه المادة ثلاث سنوات.

وتقابل المادة (1150/ 2 و3) من التقنين العراقي.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1410) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج6/ ص 479).

وأحكام المادة المقترحة لا تتعارض مع قواعد الفقه الإسلامي؛ حيث توازن بين مصلحة الحائز الأول ومصلحة الحائز الثاني عند فقد الحيازة، فترجح إحداهما علىٰ الأخرىٰ بحسب السند الذي يحتج به الحائز، والطريقة التي تم بها فقد الحيازة.

مادة (939): للحائز أن يرفع في الميعاد القانوني دعوىٰ استرداد الحيازة علىٰ من انتقلت إليه حيازة العقار المغتصب منه، ولو كان هذا الأخير حسن النية.

هذه المادة تطابق المادة (960) من التقنين الحالي، فيما عدا استبدال كلمة: «العقار» بكلمة: «الشيء».

وتتفق مع المادة (926) من التقنين الكويتي.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1411) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 479).

ولا يتعارض حكم المادة المقترحة مع أحكام الفقه الإسلامي؛ لأنه يهدف إلىٰ حماية الحيازة لصالح الحائز.

مادة (940): لحائز العقار - إذا استمرت حيازته سنة كاملة - ثم وقع له تعرض في حيازته، أن يرفع خلال السنة التالية دعوىٰ بمنع هذا التعرض.

هذه المادة تتفق مع المادة (961) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «من حاز عقارًا واستمر حائزًا له سنة كاملة، ثم وقع تعرض في حيازته - جاز أن يرفع خلال السنة

التالية دعوىٰ بمنع هذا التعرض».

وقد أدخلت علىٰ هذه المادة تعديلات لفظية علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1412) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 479).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (1154) من التقنين العراقي التي تطابق المادة (961) من التقنين المصري الحالي.

وتطابق المادة (927) من التقنين الكويتي، فيما عدا المدة التي ترفع الدعوىٰ خلالها إذ هي ثلاث سنوات.

ولا يتعارض حكم المادة المقترحة مع أحكام الفقه الإسلامي، لأنه يهدف إلىٰ حماية الحيازة لصالح الحائز.

مادة (941):

1- لحائز العقار - إذا استمرت حيازته سنة كاملة، وخشي لأسباب معقولة التعرض له من جراء أعمال جديدة تهدد حيازته - أن يرفع دعوىٰ بوقف هذه الأعمال، طالما أنها لم تتم ولم ينقض عام علىٰ البدء فيها.

2- وللحكمة أن تحكم بعدم استمرار الأعمال، أو أن تأذن في استمرارها، ولها في الحالين أن تأمر بتقديم تأمين كافٍ، يكون في حالة الحكم بوقف الأعمال ضمانًا لإصلاح الضرر الناجم عن هذا الوقف، متىٰ تبين بحكم نهائي أن الاعتراض علىٰ استمرارها كان علىٰ غير أساس، ويكون في حالة الحكم باستمرار الأعمال ضامنًا لإزالة هذه الأعمال كلها أو بعضها؛ إصلاحًا للضرر الذي يصيب الحائز، إذا حصل علىٰ حكم نهائي لمصلحته.

هذه المادة تقابل المادة (962) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

1- من حاز عقارًا واستمر حائزًا له سنة كاملة، وخشي لأسباب معقولة التعرض له من جراء أعمال جديدة تهدد حيازته - كان له أن يرفع الأمر إلىٰ القاضي طالبًا وقف هذه الأعمال، بشرط ألا تكون قد تمت، ولم ينقض عام علىٰ البدء في العمل الذي يكون من

شأنه أن يحدث الضرر.

2- وللقاضي أن يمنع استمرار الأعمال أو أن يأذن في استمرارها، وفي كلتا الحالتين يجوز للقاضي أن يأمر بتقديم كفالة مناسبة، تكون في حالة الحكم بوقف الأعمال ضمانًا لإصلاح الضرر الناشئ من هذا الوقف، متىٰ تبين بحكم نهائي أن الاعتراض علىٰ استمرارها كان علىٰ غير أساس، وتكون في حالة الحكم باستمرار الأعمال ضمانًا لإزالة هذه الأعمال كلها أو بعضها إصلاحًا للضرر الذي يصيب الحائز، إذا حصل علىٰ حكم نهائي لمصلحته».

وقد أدخلت علىٰ هذه المادة تعديلات لفظية علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة، واستبدلت في الفقرة الثانية عبارة: «تأمين كاف» بعبارة: «كفالة مناسبة».

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1413) في مجموعة الأعمال التحضيرية، (ج 6/ ص 479 و480).

والمادة المقترحة تقابل المادة (1155) من التقنين العراقي التي تتفق مع المادة (962) من التقنين المصري الحالي.

وتقابل المادة (928) من التقنين الكويتي.

ولا يتعارض حكم المادة المقترحة مع أحكام الفقه الإسلامي؛ لأنه يهدف إلىٰ حماية الحيازة لصالح الحائز.

مادة (942):

1- للحائز الحق فيما يقبضه من ثمار وما يحصل عليه من منفعة ما دام حسن النية.

2- وتعتبر الثمار الطبيعية أو المستحدثة مقبوضة من يوم فصلها، وتعتبر الثمار المدنية مقبوضة يوما فيومًا. ويعتبر الحصول علىٰ المنفعة أنه قد تم يومًا فيومًا.

هذه المادة تتفق مع المادتين (978 و983) فقرة أولىٰ من التقنين الحالي.

فالمادة (978) من هذا التقنين تنص علىٰ ما يأتي:

«1- يكسب الحائز ما يقبضه من ثمار ما دام حسن النية.

2- والثمار الطبيعية أو المستحدثة تعتبر مقبوضة من يوم فصلها، أما الثمار المدنية فتعتبر مقبوضة يومًا فيومًا».

والمادة (983) فقرة أولىٰ من هذا التقنين تنص علىٰ ما يأتي:

«إذا كان الحائز حسن النية، وانتفع بالشيء وفقًا لما يحسبه من حقه - فلا يكون مسئولًا قبل من هو ملزم برد الشيء إليه عن أي تعويض بسبب هذا الانتفاع».

وقد أدمجت أحكام هاتين المادتين في المادة المقترحة؛ لأن حكم الثمار هو حكم المنفعة، حيث يكسب الحائز كليهما ما دام حسن النية. بل إنهما يتداخلان بحيث يشملان استعمال الشيء واستغلاله، كما أضيف إلىٰ النص أن الحصول علىٰ المنفعة يعتبر قد تم يومًا فيومًا، شأنها في ذلك شأن الثمار المدنية.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادتين المقابلتين في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1435/ 1 و143) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 518 و528).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (1165) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (1191) من التقنين الأردني.

وتتفق مع المادة (929) من التقنين الكويتي.

وحكم المادة المقترحة يقبله الفقه الإسلامي، ما دام الحائز حسن النية؛ إذ إن هذا يعني اعتقاده بأنه يحصل علىٰ ما هو من حقه.

مادة (943): يكون الحائز مسئولًا من وقت أن يصبح سيئ النية عن المنفعة التي حصل عليها، والثمار التي يقبضها، أو التي قصر في قبضها، ويجوز له أن يسترد ما أنفقه في إنتاج هذه الثمار.

هذه المادة تقابل المادة (979) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «يكون الحائز سيئ النية مسئولًا من وقت أن يصبح سيئ النية عن جميع الثمار التي يقبضها والتي قصر في قبضها، غير أنه يجوز أن يسترد ما أنفقه في إنتاج هذه الثمار».

وقد أدخلت تعديلات لفظية علىٰ هذا النص، وأضيفت إليه ما يفيد أن الحائز سيئ النية يكون مسئولًا أيضًا عن المنفعة التي حصل عليها، فإذا وردت الحيازة علىٰ منزل،

وانتفع به الحائز بسكناه، كان مسئولًا عن قيمة المنفعة التي حصل عليها.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1431) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 518).

والمادة المقترحة تطابق المادة (930) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (1166) من التقنين العراقي التي تطابق المادة (979) من التقنين المصري الحالي.

وتقابل المادة (1192) من التقنين الأردني التي تطابق المادة (979) من التقنين المصري الحالي.

وحكم المادة المقترحة يقبله الفقه الإسلامي، ما دام الحائز سيئ النية؛ إذ إن هذا يعني علمه بأنه يأخذ ما ليس من حقه.

مادة (944):

1- علىٰ المالك الذي يرد إليه ملكه أن يؤدي إلىٰ الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات الضرورية.

2- وتسري في شأن المصروفات النافعة أحكام المادتين (893 و894).

3- وليس للحائز أن يطالب بشيء من المصروفات الكمالية، وللمالك أن يستبقي ما استحدثه الحائز من منشآت مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة، فإن لم يطلب ذلك كان للحائز أن ينتزع ما استحدثه علىٰ أن يعيد الشيء إلىٰ حالته الأولىٰ.

هذه المادة تتفق مع المادة (980) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- علىٰ المالك الذي يرد إليه ملكه أن يؤدي إلىٰ الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات الضرورية.

2- أما المصروفات النافعة فتسري في شأنها أحكام المادتين (924 و925).

3- فإذا كانت المصروفات كمالية، فليس للحائز أن يطالب بشيء منها، ومع ذلك يجوز له أن ينزع ما استحدثه من منشآت علىٰ أن يعيد الشيء إلىٰ حالته الأولىٰ، إلا إذا اختار المالك أن يستبقيها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة».

وقد أدخلت علىٰ هذه المادة تعديلات لفظية علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1432) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 524).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (1167) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (1193) من التقنين الأردني.

وتتفق مع المادة (931) من التقنين الكويتي.

وحكم المادة المقترحة يقبله الفقه الإسلامي، حيث روعي فيه مدىٰ أهمية المصروفات التي أنفقها الحائز للمحافظة علىٰ الشيء أو تحسينه، فلا يثري المالك علىٰ حساب الحائز دون حق.

مادة (945): علىٰ المالك الذي يرد إليه ملكه أن يؤدي إلىٰ الحائز الذي تلقىٰ الحيازة من غيره، ما أداه هذا الحائز إلىٰ سلفه من مصروفات، وذلك في حدود ما يلتزم به المالك وفقًا للمادة السابقة.

هذه المادة تتفق مع المادة (981) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «إذا تلقىٰ شخص الحيازة من مالك أو حائز سابق، وأثبت أنه أدىٰ إلىٰ سلفه ما أنفق من مصروفات، فإن له أن يطالب بها المسترد».

وقد أدخلت علىٰ هذه المادة تعديلات لفظية.واستكمل حكمها في نهاية النص بإضافة ما يفيد أن المالك لا يؤدي إلىٰ الخلف إلا المقدار الذي كان يحق للسلف مطالبته به وفقًا لأحكام المادة السابقة.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م(1433) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 524).

والمادة المقترحة تطابق المادة (932) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (1194) من التقنين الأردني.

وحكم المادة المقترحة يقبله الفقه الإسلامي، فهو نتيجة لازمة لحكم المادة السابقة.

مادة (946): يجوز للمحكمة - بناءً علىٰ طلب المالك - أن تقرر ما تراه مناسبًا للوفاء بالمصروفات المنصوص عليها في المادتين السابقتين، ولها أن تقضي بأن يكون الوفاء علىٰ أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات الكافية.

هذه المادة تقابل المادة (982) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «يجوز للقاضي- بناءً علىٰ طلب المالك - أن يقرر ما يراه مناسبًا للوفاء بالمصروفات المنصوص عليها في المادتين السابقتين، وله أن يقضي بأن يكون الوفاء علىٰ أقساط دورية، بشرط تقديم الضمانات اللازمة، وللمالك أن يتحلل من هذا الالتزام، إذا هو عجل مبلغًا يوازي قيمة هذه الأقساط مخصومًا منها فوائدها بالسعر القانوني لغاية مواعيد استحقاقها».

وقد أدخلت علىٰ هذه المادة تعديلات لفظية، واستبدلت عبارة: «الضمانات الكافية» بعبارة: «الضمانات اللازمة»؛ مراعاةً للدقة في التعبير، وحذف الحكم المنصوص عليه في نهاية المادة جريًا علىٰ خطة المشروع في تحريم الربا.

والمادة المقترحة تطابق المادة (933) من التقنين الكويتي.

ويتفق حكم المادة المقترحة مع ما يدعو إليه الشرع الإسلامي من التيسير علىٰ المدين في الوفاء بالدين، وذلك استنادًا إلىٰ قوله تعالىٰ: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾.

[سورة البقرة: 280]

مادة (947): لا يكون الحائز حسن النية مسئولًا قبل من يستحق الشيء عما يصيبه من هلاك أو تلف، إلا بقدر ما عاد عليه من فائدة ترتبت علىٰ هذا الهلاك أو التلف.

هذه المادة تتفق مع الفقرة الثانية من المادة (983) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «ولا يكون الحائز (حسن النية) مسئولًا عما يصيب الشيء من هلاك أو تلف، إلا بقدر ما عاد عليه من فائدة ترتبت علىٰ هذا الهلاك أو التلف».

وقد أدخل علىٰ هذا النص تعديل لفظي.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1439/ 2) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 528).

والمادة المقترحة تطابق المادة (934/ 1) من التقنين الكويتي.

وتتفق مع المادة (1195/ 2) من التقنين الأردني.

وحكم المادة المقترحة يقبله الفقه الإسلامي، ما دام الحائز حسن النية، فلا يأخذ عليه إذا هلك الشيء أو تلف بسبب لا يد له فيه.

مادة (948): يكون الحائز سيئ النية مسئولًا عن هلاك الشيء أو تلفه، ولو كان ذلك ناشئًا عن سبب لا يد له فيه، إلا إذا أثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقيًا في يد من يستحقه.

هذه المادة تتفق مع المادة (984) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «إذا كان الحائز سيئ النية، فإنه يكون مسئولًا عن هلاك الشيء أو تلفه، ولو كان ذلك ناشئًا عن حادث فجائي، إلا إذا أثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقيًا في يد من يستحقه».

وقد أدخلت علىٰ هذه المادة تعديلات لفظية، واستبدلت عبارة: «سبب لا يد له فيه»، بعبارة: «حادث فجائي»؛ لأن المقصود أن يكون الهلاك أو التلف بسبب أجنبي عن الحائز.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1436) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 528 و529).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (1168) من التقنين العراقي التي تطابق المادة (984) من التقنين المصري الحالي.

وتقابل المادة (196) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (934/ 2) من التقنين الكويتي.

وحكم المادة المقترحة يقبله الفقه الإسلامي، ما دام الحائز سيئ النية.

مادة (949): من حاز حق ملكية أو حقًّا عينيًّا آخر علىٰ عقار غير مقيد في السجل

العيني، أو حاز حق ملكية أو حقًّا عينيًّا آخر علىٰ منقول، مدة خمس عشرة سنة - فلا تسمع عليه عند الإنكار دعوىٰ بالملكية، أو بحق عيني آخر من أحد بعد تركها طوال هذه المدة بغير عذر شرعي.

هذه المادة تقابل المادة (968) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «من حاز منقولًا أو عقارًا دون أن يكون مالكًا له، أو حاز حقًّا عينيًّا علىٰ منقول أو عقار دون أن يكون هذا الحق خاصًّا به، كان له أن يكسب ملكية الشيء أو الحق العيني إذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة».

وقد أخذ المشروع فيما يتعلق بالمادة المقترحة بمبدأ عدم سماع الدعوىٰ الذي يقول به الفقه الإسلامي، بدلًا من مبدأ كسب الحق بالتقادم الذي يأخذ به التقنين الحالي.

ويراعى في تطبيق المادة المقترحة ما يأتي:

أولًا: أن الحق العيني العقاري المحاز يجب ألا يكون مقيدًا في السجل العيني، فحين يصبح نظام هذا السجل نافذًا، لا يبقىٰ مجال لكسب هذا الحق من طريق عدم سماع الدعوىٰ به علىٰ من يحوزه المدة المقررة، ذلك أن مجرد القيد في السجل له حجية مطلقة في حق الجميع، فلو أن هناك عقد بيع عقار قيد في السجل العيني، فانتقلت الملكية إلىٰ المشتري بهذا القيد، فإن المشتري يبقىٰ مالكًا للعقار المبيع، حتىٰ لو خرج العقار من تحت يده إلىٰ يد حائز استمر واضعًا يده عليه المدة المقررة لعدم سماع الدعوىٰ، ولا يتملك الحائز العقار بالتقادم، وقد نصت المادة (37) من قانون السجل العيني في هذا المعنىٰ علىٰ أنه: «يكون للسجل العيني قوة إثبات لصحة البيانات الواردة فيه، ولا يجوز التملك بالتقادم علىٰ خلاف ما هو ثابت بالسجل». وهذا هو مبدأ القوة المطلقة للقيد في السجل؛ إذ بمقتضاه يحظر التملك بالتقادم في مواجهة الحقوق المقيدة بالسجل، وعند التصرف في الحق العقاري، لا يقبل في إثبات أصل الملكية أو الحق العيني سوىٰ صحيفة الوحدة العقارية أو الشهادة المستخرجة من السجل العيني (م 48

من قانون السجل العيني).

ثانيًا: أن الحائز في هذا الصدد هو الذي يحوز الحق حيازة شرعية، وهي حيازة يتوفر فيها العنصر المادي والعنصر المعنوي، وتكون بريئة من العيوب.

ثالثًا: أن الحيازة يجب أن تستمر مدة خمس عشرة سنة دون انقطاع.

رابعًا: أن الحائز يجب أن يدعي ملكية الشيء المحاز، أو أنه صاحب حق عيني عليه. فلا يجديه أن يستند إلىٰ مجرد الحوز طوال المدة المقررة، وذلك علىٰ خلاف الحكم في التقنين الحالي. وفي هذا يقول الدسوقي، وهو من فقهاء المالكية: «ويبقىٰ شرط خامس، هو أن يدعي الحائز وقت المنازعة ملك الشيء المحاز، وأما إذا لم يكن له حجة إلا مجرد الحوز فلا تنفعه». (حاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير، ج 4/ ص 235). وذلك انطلاقًا من قاعدة أساسية في الشريعة الإسلامية جاءت في الحديث الشريف الذي يقول: «**لا يبطل حق امرئ مسلم وإن قدم**». وعليه إذا أقر الحائز بحق المدعي، فإن الدعوىٰ تسمع.

خامسًا: أن الحائز لا تطلب منه البينة علىٰ ما يدعيه، كما أن المدعي لا تقبل منه البينة علىٰ ما يدعيه.

يقول التسولي: «الحائز لا يكلف ببيان وجه ملكه، وبأي سبب صار له» (كتاب البهجة في شرح التحفة، ج 2/ ص 239)، ويقول: «وهو معنىٰ قولهم حيازة عشرة أعوام مع علم أصل الملك لمن هو عامله، أي أنها قطعت حجة القائم مع علم أصل ملكه، ومحل قطعها لذلك إذا لم يعلم أصل مدخله، أما إذا علم، ككونه دخل بكراء من القائم أو إسكان أو مساقاة ونحو ذلك - فإنها لا تقطعها ولو طالت» (المرجع المذكور ص 238). ويفهم من هذا النص أن الحيازة الشرعية تنتج أثرها لمصلحة الحائز، أي تقطع حجة القائم وهو المدعي ملكية المال المحاز مع علم أصل ملكه، أي معرفة أصل ملك المدعي للمال المحاز عليه، فبالرغم من إثبات المدعي لملكيته للمال المحاز عليه، فإن الحائز يستحق ملكية هذا المال دونه، كما يفهم منه أنه مع العلم بأصل الملك للمدعي، فإنه يجب عدم العلم بأصل مدخل الحائز في الحيازة، وهذا يعني ألا تكون

الحيازة عرضية، إذ لو علم أن دخول الحائز كان بسبب إجارة أو ما أشبه فالحيازة عرضية، ومن ثم لا تنتج أثرها لمصلحة الحائز.

ويقول خليل: «وإن حاز أجنبي غير شريك وتصرف، ثم ادعىٰ حاضر ساكت بلا مانع عشر سنين، لم تسمع ولا بينته، إلا بإسكان ونحوه» (مختصر العلامة خليل، ومؤلفه خليل بن إسحاق المالكي، ص 272). ويفهم من هذا النص أن الحيازة الشرعية - وهي التي استوفت شروطها - تجعل دعوىٰ مدعي ملكية المال المحاز غير مسموعة ولا تقبل بينته، أي لا يقبل منه إثبات ملكيته لهذا المال؛ لأن الحيازة الشرعية تعتبر بينة أقوىٰ من بينة مدعي الملكية، وإنما تقبل بينة المدعي إذا كانت خاصة بإثبات أن الحيازة عرضية بإيجار ونحوه؛ إذ في هذه الحالة لا تكون الحيازة حيازة حقيقية، فلا تنتج أثرها لصالح الحائز.

سادسًا: أن يترك المدعي الدعوىٰ طوال المدة المقررة لعدم سماعها بغير عذر شرعي يحول بينه وبين أن يرفعها؛ إذ إن هذا القدر من شأنه أن يقف سريان مدة عدم سماع الدعوىٰ لصالح المدعي، فتسمع دعواه، ويقضىٰ له إذا نجح في إقامة الدليل علىٰ ما يدعيه.

يقول خليل: «ثم ادعىٰ حاضر، ساكت بلا مانع». (المرجع السابق).

ويقول المواق: «وقال ابن الحاجب: العمارة مدة طويلة والمدعي شاهد ساكت، ولا مانع من خوف ولا قرابة ولا صهر وشبهه، فغير مسموعة». (علىٰ هامش شرح الحطاب، ج 6/ ص 221).

ويقول الحطاب: «إلا أن تكون اليد كلا يد، مثل أن يكون غاصبًا وذا سلطان غير مقسط» (شرح الحطاب، ج 6/ ص 192). ويقول أيضًا: «وقوله: ساكت. يعني أنه يشترط أيضًا في الحيازة أن يكون المدعي ساكتًا في مدة الحيازة. واحترز بذلك عما لو تكلم قبل مضي مدة الحيازة، فإن حقه لا يبطل، وقوله: بلا مانع. يعني أن سكوت المدعي في المدة المذكورة إنما يبطل حقه إذا لم يكن له مانع يمنعه من الكلام، حقه لا يبطل. وفسر ابن الحاجب المانع بالخوف والقرابة والصهر، وقد احترز المصنف من القرابة والصهر بقوله: أو لا (أجنبي). فيكون المراد بالمانع في كلامه: الخوف، أي

خوف المدعي من الذي في يده العقار؛ لكونه ذا سلطان أو مستندًا لذي سلطان، فإن سكوته لذلك لم يبطل حقه. قال الجزولي: وكذلك إذا كان للحائز علىٰ المدعي دين، وخاف إن نازعه أن يطلبه، ولا يجد من أين يعطيه. ما انتهىٰ. فتأمله. ويدخل في المانع ما إذا كان المدعي صغيرًا أو سفيهًا، فإن سكوته لا يقطع دعواه قال ابن فرحون في تبصرته. (المرجع السابق، ص 222).

ويقول ابن فرحون: «ويشترط في الحيازة أن يكون المحوز عليه غير خائف من الحائز، ولا بينه وبينه قرابة، ولا مصاهرة، ولا مصادقة، ولا شركة». (علىٰ هامش فتح العلي المالك لعليش، ج 2/ ص 95). وقال في الحيازة علىٰ الغائب: «إلا أن يكون له عذر مثل أن يكون في يد عدو، أو من وراء بحر، أو يكون ضعيفًا، أو مختلًّا، أو امرأة محجوبة، وما أشبه ذلك من العذر فيكون علىٰ حقه أبدًا... وإن لم يكن ضعيفًا في بدنه، ولا مختلًّا في عقله، وأراه علىٰ حقه أبدًا، ما زال غائبًا؛ لأنه قد يكون للغائب معاذير لا تعرف». (تبصرة الحكام، علىٰ هامش فتح العلي المالك، لعليش، ج2/ ص 77).

ويقول الدسوقي في حاشيته علىٰ الشرح الكبير: «وكذا قوله: أو قام به مانع.. (قوله ونحوه): من ذلك ما إذا كان الموضع لا يتيسر فيه من يزجر ويرجع إليه، ولذا قال ابن عمر: الحيازة إنما تكون في موضع الأحكام، وأما في البادية ونحوها فلا حيازة، ومن ذلك خوف الحاضر من سطوة الحائز، أو من سطوة من استند إليه الحائز، ولذا ذكر (ح) وغيره أن لا حيازة لذوي الشوكات والتغلب». (حاشية الدسوقي، ج4/ ص 207).

سابعًا: أنه إذا توفرت الشروط السالفة الذكر، فإن الحكم الذي يصدر بعدم سماع الدعوىٰ يكون حجة لصالح الحائز بأنه صاحب الحق المحاز؛ إذ إن الحيازة حينئذ تعتبر دليلًا علىٰ الملك، أو غيره من الحقوق العينية.

والفقهاء الذين تقدم ذكرهم في هذا المقام هم جميعًا من فقهاء المذهب المالكي (انظر محمد عبد الجواد، الحيازة والتقادم في الفقه الإسلامي، فقرة 37 و77 و138و148 و150).

وقد نصت المادة (518) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك علىٰ ما يأتي: «من حاز عقارًا أو منقولًا مدة يقضي العرف بأن الحيازة فيها حيازة ملك

– فإنه يستحقه بهذه الحيازة، ولا تسمع معها دعوىٰ من ينازعه في ملكيته له، ولا بينته».
وجاء في إيضاح هذه المادة ما يأتي: «ومعنىٰ أن الحيازة لا تسمع معها دعوىٰ المنازع في الملكية: أنه لا يترتب علىٰ سماعها أن تكون البينة علىٰ من ادعىٰ واليمين علىٰ من أنكر. وهذا لا ينافي أنها تسمع منه سماع استيضاح؛ لاحتمال أن الحائز يقر له بملكيته للشيء المحاز مثلًا، وإنا لم تسمع دعوىٰ المنازع للحائز مع الحيازة التي يقضي العرف بأنها حيازة ملك؛ لأن العرف يكذبه في دعوىٰ ملكيته للشيء المحاز؛ لجريان العادة بأن مالك الشيء لا يسكت علىٰ حيازة الغير له وتصرفه فيه تصرف المالك في ملكه هذه المدة». (الشرح الصغير وحاشيته ج 2/ ص 414 وما بعدها)، (الشرح الكبير وحاشيته، ج 4/ ص 206) وما بعدها).

ونصت المادة (520) من هذا المشروع علىٰ ما يأتي: «يشترط في الحيازة التي لا تسمع معها دعوىٰ المنازع للحائز ولا بينته ما يأتي:

1– أن يتصرف الحائز في الشيء المحاز بأي نوع من أنواع التصرف – إن كان أجنبيًّا – من المنازع غير شريك له في الشيء المحاز، أو بنوع يخرجه من يده، أو يغير ذاته إن كان أجنبيًّا شريكًا، أو كان قريبًا مطلقًا.

2– أن يدعي حين المنازعة ملكيته للشيء المحاز، ولو لم يبين سبب الملكية.

3– أن يكون المنازع للحائز حاضرًا ببلد الشيء المحاز، وعلم بالحيازة، وسكت عليها بغير عذر طوال مدة الحيازة». وجاء في إيضاح هذه المادة ما يأتي: «تصرف الحائز في الشيء المحاز بأي نوع من أنواع التصرف كتصرفه فيه ببيع أو هبة، أو كثير بناء أو هدم أو كثير غرس شجر أو قطعه أو استغلاله بإجارة أو مساقاة، أو انتفاعه به بزرع أو سكنىٰ، وتصرفه فيه بنوع يخرجه من يده أو يغير ذاته كتصرفه فيه ببيع أو هبة أو بكثير بناء أو هدم أو كثير غرس شجر أو قطعه. ومعنىٰ الإطلاق في قريب المنازع: هو كونه شريكًا له أو غير شريك. والمراد بحضور المنازع ببلد الشيء المحاز هو حضوره به حقيقة، أو حضوره به حكمًا: بأن يكون قريبًا منه بحيث لا يخفىٰ عليه حال الشيء المحاز، والمراد بالعذر هو المانع الذي يحمله علىٰ عدم المطالبة بحقه كإكراهه علىٰ السكوت أو صغره أو سفهه أو جهله بملكيته للشيء المحاز. أما جهله بأن الحيازة تسقط حق المنازع

وتقطع بينته فلا يعذر به، ويعلم من هذا النص: **أولًا**: أن تصرف الأجنبي الذي ليس شريكًا يكفي فيه أن يكون بأي نوع من أنواع التصرف، بخلاف تصرف الأجنبي الشريك أو القريب مطلقًا، فإنه يشترط فيه أن يكون بنوع يخرج الشيء المحاز من يده أو يغير ذاته. **وثانيًا**: أن مجرد الحيازة بدون دعوىٰ الملكية لا يكفي في استحقاق الحائز للشيء المحاز؛ لأن الحيازة لا تنشئ ملكًا وإنما تدل علىٰ الملك المدعىٰ. **وثالثًا**: أنه إذا تخلف شرط من شروط الحيازة، فإنها لا تعتبر وتسمع معها دعوىٰ المنازع وبينته. وما جرينا عليه في الفقرة الثانية هو القول المعتمد؛ للاستغناء عن بيانه بدلالة الحيازة عليها، وقيل: لا بد من بيان سببها (الشرح الصغير، وحاشيته ج 2/ ص 414، الشرح الكبير وحاشيته ج 4/ ص 206، شرح المجموع ج 2/ ص 278).

وفي المذهب الحنفي نصت المادة (1660) من المجلة علىٰ ما يأتي: «لا تسمع دعوىٰ الدين والوديعة والملك والعقار والميراث وما لا يعود من الدعاوي إلىٰ العامة، ولا إلىٰ أصل الوقف في العقارات الموقوفة كدعوىٰ المقاطعة أو التصرف بالإجارتين والتولية المشروطة والغلة بعد أن تركت خمس عشرة سنة».

ونصت المادة (151) من مرشد الحيران علىٰ ما يأتي: «من كان واضعًا يده علىٰ عقار أو غيره، ومتصرفًا فيه تصرف الملاك بلا منازع ولا معارض مدة 15 سنة - فلا تسمع عليه دعوىٰ الملك بغير الإرث من أحد ليس بذي عذر شرعي إن كان منكرًا».

ونصت المادة (157) علىٰ ما يأتي: «إذا تركت الدعوىٰ لعذر من الأعذار الشرعية في المدة المحدودة، كأن كان المدعي غائبًا أو قاصرًا أو مجنونًا ولا ولي لهما ولا وصي - فلا مانع من سماع دعوىٰ الملك أو الإرث أو الوقف، ما لم يحضر الغائب ويبلغ الصبي ويفق المجنون ويترك الدعوىٰ بعد حضوره، أو بلوغه، أو إقامته مدة تساوي المدة المحدودة».

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (1158/ 1) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (1181) من التقنين الأردني.

وتتفق مع المادة (935) من التقنين الكويتي.

مادة (950):

1- من حاز حق ملكية أو حقًّا عينيًّا آخر علىٰ عقار غير مقيد في السجل العيني، مدة خمس سنوات، وكانت حيازته مقترنة بحسن النية ومستندة في الوقت ذاته إلىٰ سبب صحيح - فلا تسمع عليه عند الإنكار دعوىٰ بالملكية، أو بحق عيني آخر من أحد بعد تركها طوال هذه المدة بغير عذر شرعي.

2- ويجب أن يتوافر حسن النية طوال مدة الحيازة.

3- والسبب الصحيح تصرف قانوني من شأنه أن ينقل الحق أو ينشئه، لو أنه كان صادرًا من صاحب الحق، ويجب أن يكون قد تم شهره وفقًا للقانون».

هذه المادة تقابل المادة (969) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- إذا وقعت الحيازة علىٰ عقار أو علىٰ حق عيني عقاري، وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة في الوقت ذاته إلىٰ سبب صحيح - فإن مدة التقادم المكسب تكون خمس سنوات.

2- ولا يشترط توافر حسن النية إلا وقت تلقي الحق.

3- والسبب الصحيح سند يصدر من شخص لا يكون مالكًا للشيء، أو صاحب الحق الذي يراد كسبه بالتقادم، ويجب أن يكون مسجلًا طبقًا للقانون».

وعلىٰ نحو ما تقدم ذكره عن المادة السابقة، فقد أخذ المشروع في المادة المقترحة بمبدأ عدم سماع الدعوىٰ الذي يقول به الفقه الإسلامي، بدلًا من مبدأ كسب الحق بالتقادم الذي يأخذ به التقنين الحالي.

ويراعى في تطبيق المادة المقترحة ما يأتي:

أولًا: أن الحق العيني العقاري المحاز يجب ألا يكون مقيدًا في السجل العيني، وذلك للأسباب التي تقدم ذكرها عن المادة السابقة.

ثانيًا: أن الحائز في هذا الصدد هو الذي يحوز الحق حيازة شرعية بالمعنىٰ الذي تقدم ذكره.

ثالثًا: أن الحيازة يجب أن تستمر مدة خمس سنوات دون انقطاع، ويرجع تقصير المدة في هذه الحالة إلىٰ توافر حسن النية والسبب الصحيح لدىٰ الحائز.

رابعًا: أن الحائز يجب أن يدعي ملكية الشيء المحاز، أو أنه صاحب حق عيني عليه، وهذا أمر طبيعي، ما دام أنه حسن النية ولديه سبب صحيح، وإذا كان الحائز يجب عليه هذا الادعاء في التقادم الطويل، فالأولىٰ أن يكون هذا الادعاء واجبًا عليه في التقادم القصير؛ إذ إن هذا التقادم الأخير يجب أن يتوافر فيه حسن النية، وهو اعتقاد الحائز أنه يتلقىٰ الحق من صاحبه، كما يجب توافر السبب الصحيح الذي يدل علىٰ أن الحائز قد تلقىٰ الحق بموجب تصرف قانوني يعتقد الحائز أنه صادر من صاحب الحق.

خامسًا: أن الحائز تطلب منه البينة علىٰ ما يدعيه، كما أن المدعي - وهو المنازع - تقبل منه البينة علىٰ ما يدعيه، وهذا علىٰ خلاف ما هو مقرر في التقادم الطويل.

والذي يجب إثباته في هذا الصدد لصالح الحائز - أمران: هما حسن النية، والسبب الصحيح.

أما حسن النية: فيفترض توافره لدىٰ الحائز، وذلك طبقًا للأصول العامة التي يتحدد في ضوئها عبء الإثبات، فيكفي الحائز في ذلك أن يدعي ملكية الشيء المحاز، أو أنه صاحب حق عيني عليه، فإذا صدر منه هذا الادعاء افترض توافر حسن النية لديه، وإذا ادعىٰ المنازع عدم توافر حسن النية لدىٰ الحائز، وجب عليه أن يقيم الدليل علىٰ ما يدعيه.

وأما السبب الصحيح فيجب علىٰ الحائز أن يثبته، وذلك وفقًا للقواعد العامة في إثبات التصرف القانوني. ويستطيع المنازع أن يتقدم بأدلة علىٰ عدم وجود سبب صحيح.

ومن ثم فما يجب إثباته في هذا الصدد لصالح المنازع - أحد أمرين: فإما أن يثبت المنازع عدم توافر حسن النية لدىٰ الحائز، أي علم الحائز بأنه يتلقىٰ الحق من غير صاحبه، وإما أن يثبت عدم توافر السبب الصحيح.

سادسًا: أن حسن النية يجب توافره طوال مدة الحيازة، وهذا علىٰ خلاف حكم التقنين الحالي، فلا يكفي أن يتوافر حسن النية لدىٰ الحائز عند تلقي الحق، بل يجب أن يظل الحائز حسن النية طوال مدة الحيازة، ذلك أن علم الحائز أثناء الحيازة بأنه تلقىٰ الحق من غير صاحبه - يمكن أن يحمل علىٰ معنىٰ الإقرار بحق المنازع، وهذا الإقرار من شأنه أن يستبعد حكم التقادم، بحيث يؤدي إلىٰ سماع الدعوىٰ والقضاء لصالح

المنازع، وقد تقدمت الإشارة إلىٰ ما نصت عليه المجلة من أن الحق لا يسقط بتقادم الزمان، وأنه إذا أقر المدعىٰ عليه بالحق، يحكم عليه بإقراره دون اعتبار لمرور الزمان (م 1674 من المجلة) (انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص 88)، ومن ثم إذا نجح المنازع في إثبات زوال حسن النية لدىٰ الحائز أثناء الحيازة، أي علم الحائز في هذه الأثناء بأنه تلقىٰ الحق من غير صاحبه – فإنه يحكم لصالح المنازع إذا كانت أدلته الأخرىٰ كافية لإثبات أنه صاحب الحق المحاز.

سابعًا: أن يترك المدعي الدعوىٰ طوال المدة المقررة لعدم سماعها بغير عذر شرعي.

ثامنًا: أنه إذا توافرت الشروط السالفة الذكر، فإن الحكم الذي يصدر بعدم سماع الدعوىٰ يكون حجة لصالح الحائز بأنه صاحب الحق المحاز.

والمادة المقترحة تقابل المادة (1158/ 2) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (1182) من التقنين الأردني.

ولم يعرض الفقه الإسلامي للصورة التي تناولتها المادة المقترحة، ولكن تقصير مدة التقادم فيها يبرره توافر حسن النية والسبب الصحيح لدىٰ الحائز.

مادة (951): تسري قواعد التقادم المانع من سماع الدعوىٰ بالالتزام علىٰ التقادم المانع من سماع الدعوىٰ بالملكية، أو بحق عيني آخر، فيما يتعلق بحساب المدة ووقفها وانقطاعها والاتفاق علىٰ تعديلها والتمسك بمنع سماع الدعوىٰ أمام القضاء والنزول عنه، وذلك بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه القواعد مع طبيعة هذا التقادم الأخير، ومع مراعاة الأحكام السابقة.

هذه المادة تتفق مع المادة (973) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «تسري قواعد التقادم المسقط علىٰ التقادم المكسب فيما يتعلق بحساب المدة ووقف التقادم وانقطاعه والتمسك به أمام القضاء والتنازل عنه والاتفاق علىٰ تعديل المدة، وذلك بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه القواعد مع طبيعة التقادم المكسب، ومع مراعاة

الأحكام الآتية.

وتتفق مع المادة (1162) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (1188) من التقنين الأردني.

وتتفق مع المادة (936) من التقنين الكويتي.

ويرجع حكمها إلىٰ وجود أحكام مشتركة بين نوعي التقادم؛ نظرًا إلىٰ اشتراكهما في الأساس الذي يقوم عليه عدم سماع الدعوىٰ فيهما، ولذلك فإن الفقه الإسلامي يعالج النوعين من التقادم في مقام واحد، ويجري عليهما حكمًا واحدًا بالقدر الذي يتفق مع طبيعة كل منهما.

مادة (952):

1- من حاز بسبب صحيح حق ملكية أو حقًّا عينيًّا آخر علىٰ منقول أو سندًا لحامله، وكان حسن النية وقت حيازته - فلا تسمع عليه دعوىٰ بالملكية، أو بحق عيني آخر من أحد.

2- فإذا كان السبب الصحيح وحسن النية قد توافرا لدىٰ الحائز في اعتباره الشيء خاليًا من التكاليف والقيود العينية - فلا تسمع عليه دعوىٰ بها من أحد.

3- والحيازة يفترض معها توافر السبب الصحيح وحسن النية.

هذه المادة تقابل المادة (976) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- من حاز بسبب صحيح منقولًا أو حقًّا عينيًّا علىٰ منقول أو سندًا لحامله - فإنه يصبح مالكًا له إذا كان حسن النية وقت حيازته.

2- فإذا كان حسن النية، والسبب الصحيح قد توافر لدىٰ الحائز في اعتباره الشيء خاليًا من التكاليف والقيود العينية - فإنه يكسب الملكية خالصة منها.

3- والحيازة في ذاتها قرينة علىٰ وجود السبب الصحيح وحسن النية، ما لم يقم الدليل علىٰ عكس ذلك».

ولقد آثر المشروع أن ينص في هذا الصدد علىٰ عدم سماع الدعوىٰ؛ جريًا علىٰ خطته فيما يتعلق بأثر الحيازة، وإن كان الحكم لا يختلف عن حكم التقنين الحالي، فإذا

حكم بعدم سماع الدعوىٰ ضد الحائز، كان هذا حجة لصالحه بأنه صاحب المنقول، أو الحق العيني عليه، أو السند لحامله».

ويراعى في تطبيق المادة المقترحة ما يأتي:

أولًا: أن الحائز في هذا الصدد هو الذي يحوز الحق علىٰ المنقول أو السند لحامله حيازة شرعية بالمعنىٰ الذي تقدم ذكره، ويجب في هذه الحيازة أن تكون حيازة فعلية، وهي التي تتم بالتسليم المادي للمنقول، فلا يكفي أن تكون حيازة حكمية أو حيازة رمزية.

ثانيًا: أن الحائز يجب أن يدعي ملكية المنقول، أو أنه صاحب حق عيني آخر عليه، أو أنه صاحب السند لحامله، وهذا أمر طبيعي ما دام أنه حسن النية ولديه سبب صحيح.

ثالثًا: أن الحائز لا تطلب منه البينة علىٰ ما يدعيه؛ إذ إن حسن النية والسبب الصحيح يفترض توافرهما لدىٰ الحائز، وذلك طبقًا للأصول العامة في تحديد عبء الإثبات؛ إذ إن الطريقة التي يتم بها التعامل في المنقول تدعو إلىٰ هذا الافتراض، وهو افتراض يقوم علىٰ أساس الظاهر المشهور، وهو أن حائز المنقول أو السند لحامله هو صاحبه، فلا يكون علىٰ الحائز أن يثبت حسن نيته، فحسن النية مفترض دائمًا كما هي القاعدة، ولا يكون عليه أن يثبت السبب الصحيح؛ إذ إن هذا مفترض توافره أيضًا؛ مراعاةً للطريقة التي يتم بها التعامل في المنقول.

رابعًا: أن المنازع تقبل منه البينة علىٰ ما يدعيه، فيجوز له أن يثبت سوء نية الحائز، أي علمه بأنه تلقىٰ الحق علىٰ المنقول أو السند لحامله من غير صاحبه، كما يجوز له أن يثبت عدم توافر السبب الصحيح لدىٰ الحائز، فإذا نجح المنازع في إثبات أي من هذين الأمرين، واستطاع إلىٰ جانب ذلك أن يقيم الدليل علىٰ حقه في المنقول أو السند لحامله - قضىٰ له بما ادعاه.

خامسًا: أن حسن النية يجب توافره لدىٰ الحائز وقت الحيازة، فإذا كانت هناك فترة زمنية تفصل بين وقت تلقي الحق ووقت بدء الحيازة - فلا يكفي أن يكون الحائز حسن النية وقت تلقي الحق، بل يجب أن يتوفر حسن النية لديه أيضًا وقت بدء الحيازة.

سادسًا: أن الحيازة في المنقول لها أثر مكسب للملكية، أو لحق عيني آخر؛ وفقًا

لحكم الفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة، كما أن لها أثرًا مسقطًا للتكاليف والقيود العينية وفقًا لحكم الفقرة الثانية.

سابعًا: أنه إذا توافرت الشروط السالفة الذكر، فإن الحكم الذي يصدر بعدم سماع الدعوىٰ يكون حجة لصالح الحائز بأنه صاحب الحق المحاز، كما سبق القول.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1427) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 514).

والفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة تتفق مع الفقرة الأولىٰ من المادة (1162) من التقنين العراقي، والفقرة الثالثة تقابل الفقرة الثانية من المادة (1163) من هذا التقنين.

والفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة تتفق مع الفقرة الأولىٰ من المادة (1189) من التقنين الأردني. والفقرة الثالثة تقابل الفقرة الثانية من المادة (1189) من هذا التقنين.

والفقرتان الأولىٰ والثانية من المادة المقترحة تتفقان مع المادة (937) من التقنين الكويتي. والفقرة الثالثة تقابل المادة (938) من هذا التقنين.

ولم يعرض الفقه الإسلامي للصورة التي تناولتها المادة المقترحة، ولكن حكمها يتفق مع الظاهر المشهور الذي يعتد به الفقه الإسلامي.

مادة (953):

1- يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله أو لصاحب الحق العيني عليه، إذا فقده أو سرق منه - أن يسترده ممن يكون حائزًا له بسبب صحيح وحسن نية، وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت العقد أو السرقة.

2- فإذا كان الحائز قد اشترىٰ الشيء بحسن نية في سوق أو مزاد علني، أو اشتراه ممن يتجر في مثله - فله أن يطلب ممن يسترده أن يعجل له الثمن الذي دفعه.

هذه المادة تتفق مع المادة (977) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

1- يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله، إذا فقده أو سرق منه - أن يسترده ممن يكون حائزًا له بحسن نية، وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة.

2- فإذا كان من يوجد الشيء المسروق أو الضائع في حيازته قد اشتراه بحسن نية في

سوق أو مزاد علني، أو اشتراه ممن يتجر في مثله - فإن له أن يطلب ممن يسترد هذا الشيء أن يعجل له الثمن الذي دفعه».

وقد أدخلت علىٰ هذه المادة تعديلات لفظية، وأضيفت في الفقرة الأولىٰ منها ما يستكمل حكمها.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادتين المقابلتين في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1428 و1429) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 514 و515).

والمادة المقترحة تطابق المادة (939) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (1164) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (1190) من التقنين الأردني.

ولم يعرض الفقه الإسلامي للصورة التي تناولتها المادة المقترحة، ولكن حكمها تنهض به اعتبارات العدالة.



الفرع الثالث

كسب الملكية بسبب الوفاة

(1) الميراث

1- تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في الميراث:

مادة (954): 1- تعيين الورثة وتحديد أنصبائهم في الإرث، تسري في شأنهما أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنهما. 2- ولا يكون للأجنبي الحق في الإرث، إلا إذا كان قانون بلده يخول المصريين هذا الحق.

هذه المادة تقابل الفقرة الأولىٰ من المادة (876) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «تعيين الورثة وتحديد أنصبائهم في الإرث، وانتقال أموال التركة إليهم - تسري في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها».

وقد عدل هذا النص بما يجعل الإحالة إلىٰ أحكام الشريعة الإسلامية قاصرة علىٰ تعيين الورثة وتحديد أنصبائهم في الإرث، أما انتقال أموال التركة إلىٰ الورثة، فقد رئي أن يفرد له نص مستقل يحدد حكم هذا الانتقال، بدلًا من تركه إلىٰ أحكام الفقه الإسلامي الذي تعددت فيه الآراء مما أدىٰ إلىٰ قيام خلاف في الفقه حول الحل الواجب الاتباع.

كما رئي إضافة الحكم المنصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة المقترحة؛ أخذًا بمبدأ المعاملة بالمثل، إذا ما انتهت قواعد الإسناد إلىٰ تطبيق القانون المصري، وكان هذا القانون يقضي بتوريث الأجنبي، بينما لا يقضي بذلك قانون بلده بالنسبة إلىٰ المصريين.

انظر المذكرة الإيضاحية (نظرة عامة) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 200).

وانظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1307/ 1) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 205 و206).

والفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة تتفق مع المادة (1106/ 2) من التقنين العراقي التي تطابق المادة (875/ 1) من التقنين المصري الحالي.

وتتفق مع المادة (1086/ 2) من التقنين الأردني.

وتتفق مع المادة (940) من التقنين الكويتي التي تطابق المادة (875/ 1) من التقنين المصري الحالي.

مادة (955):

1- تنتقل أموال المورث إلىٰ الورثة من وقت وفاته محملة بحق رهن؛ ضمانًا للوفاء بحقوق دائني التركة.

3- وتسري في شأن الاحتجاج بهذا الحق علىٰ الغير - أحكام الشهر التي ينص عليها القانون.

3- وتسري في حالة تصفية التركة الأحكام الآتية.

الفقرتان الأولىٰ والثانية من هذه المادة مستحدثتان.

وقد روعي في الفقرة الأولىٰ الأخذ بمبدأ انتقال أموال التركة إلىٰ الورثة فور وفاة المورث، وهو المبدأ السائد في الفقه والقضاء، كما أنه رأي فريق من الفقه الإسلامي وهم أغلب الشافعية والحنابلة وهو الرأي الذي يتفق مع القواعد العامة؛ حيث يتحقق الإرث فور الوفاة، والإرث سبب التملك، والقاعدة أن الأسباب تترتب عليها نتائجها فور تحققها، إلا إذا وجد ما يدعو إلىٰ تراخي هذه النتائج، وليس هناك ما يدعو إلىٰ هذا التراخي؛ إذ إن حقوق الدائنين تتوافر حمايتها بما لهم من حق رهن علىٰ أموال التركة يضمن الوفاء بديونهم.

وقد نصت المادة (205) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام الشافعي علىٰ ما يأتي: «تركة المدين مرهونة بديونه حتىٰ تسدد». وجاء في مذكرة هذه المادة ما يأتي: «فإذا مات الميت عليه دين، تعلق هذا الدين بتركته المنتقلة إلىٰ الوارث مع وجود الدين تعلقه بالمرهون، ويستوي الدين المستغرق للتركة وغيره في الأصح...». والصحيح أن تعلق الدين بالتركة لا يمنع الإرث، لأنه ليس في الإرث المقيد أكثر من تعلق الدين بالموروث تعلق رهن، وذلك لا يمنع الملك في المرهون...». (الجلال المحلي، ج 2/ ص 283، نهاية المحتاج ج 4/ ص 296 و297).

ويعتبر حكم الفقرة الثانية تكملة طبيعية لحكم الفقرة الأولىٰ.

أما الفقرة الثالثة من المادة المقترحة فتقابل الفقرة الثانية من المادة (875) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «وتتبع في تصفية التركة الأحكام الآتية» وقد روعي في العبارة المختارة التنويه بأن الأحكام التالية إنما تتبع في حالة تصفية التركة علىٰ النحو الوارد في النصوص التالية؛ لأن هذا هو الذي يتفق مع كون نظام التصفية ليس واجبًا في جميع الحالات.

(انظر عرضًا للآراء المختلفة في الفقه الإسلامي في هذا الصدد، والأدلة التي يستند إليها كل رأي في: أحمد إبراهيم، التركة والحقوق المتعلقة بها والمواريث، مقال في مجلة القانون والاقتصاد، السنة السابعة ص (369 - 375) علي الخفيف، مدىٰ تعلق

الحقوق بالتركة، مقال في مجلة القانون والاقتصاد، السنة الثانية عشرة ص (157 - 174) محمد أبو زهرة، أحكام التركات والمواريث ص (19 - 25)، وانظر تلخيصًا لهذه الآراء في: السنهوري، الوسيط (ج 4 فقرة 19)، والوسيط (ج 9 فقرة 30 و31).

وغني عن البيان أن حق الرهن الذي تتحمل به أموال التركة ضمانًا للوفاء بحقوق دائنيها - إنما ينصب علىٰ الأموال التي آلت إلىٰ الوارث بطريق الإرث دون غيرها من أموال الوارث.

2 - تعيين مصف للتركة:

مادة (956):

1 - إذا لم يعين المورث وصيًّا لتركته، جاز لكل ذي شأن أن يرفع دعوىٰ لتعيين مصف للتركة، وتعين المحكمة - إذا رأت موجبًا للتصفية - من يجمع الورثة علىٰ اختياره، فإن لم يجمع الورثة علىٰ أحد، تولت المحكمة اختيار المصفي، علىٰ أن يكون بقدر المستطاع من بين الورثة.

2 - وللمحكمة أن تلزم المصفي بتقديم كفيل إذا رأت موجبًا لذلك.

الفقرة الأولىٰ من هذه المادة تقابل المادة (876) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «إذا لم يعين المورث وصيًّا لتركته وطلب أحد ذوي الشأن تعيين مصفٍّ لها - عينت المحكمة - إذا رأت موجبًا لذلك - من يجمع الورثة علىٰ اختياره، فإن لم يجمع الورثة علىٰ أحد تولىٰ القاضي اختيار المصفي، علىٰ أن يكون بقدر المستطاع من بين الورثة، وذلك بعد سماع أقوال هؤلاء».

وقد عدل هذا النص بتوضيح أن طلب تعيين المصفي يكون بدعوىٰ؛ أخذًا بما استقر عليه القضاء، واستبعدت عبارة: «وذلك بعد سماع أقوالهم»، حيث أصبحت زيادة لا مبرر لها بعد أن أصبح طلب تعيين المصفي بدعوىٰ.

واستحدثت الفقرة الثانية من المادة المقترحة؛ بغية توفير ضمان لمصلحة ذوي الشأن.

والفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة تتفق مع المادة (1087) من التقنين الأردني.

وما تضمنته المادة المقترحة والمواد التي تليها، إنما هو تنظيم لتصفية التركة تصفية

جماعية علىٰ نحو لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، ومن شأنه حماية مصالح ذوي الشأن جميعًا، فهو في حقيقته تطبيق عملي للقاعدة التي تقضي بألا تركة إلا بعد سداد الديون.

مادة (957):

1- إذا عين المورث وصيًّا للتركة، وجب أن تقر المحكمة هذا التعيين.

2- ويسري علىٰ وصي التركة ما يسري علىٰ المصفي من أحكام.

هذه المادة تتفق مع المادة (878) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- إذا عين المورث وصيًّا للتركة، وجب أن يقر القاضي هذا التعيين.

2- ويسري علىٰ وصي التركة ما يسري علىٰ المصفي من أحكام».

وقد استبدل في هذا النص لفظ: «المحكمة» بلفظ: «القاضي» في الفقرة الأولىٰ؛ تمشيًا مع نص المادة السابقة التي تجعل طلب تعيين المصفي بدعوىٰ، وهو ما سيراعىٰ في النصوص التالية.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1310) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 217).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (1088) من التقنين الأردني.

مادة (958):

1- لمن عين مصفيًا أن يرفض تولي هذه المهمة، أو أن يتنحىٰ عنها دون توليها، وذلك طبقًا لأحكام الوكالة.

2- وللمحكمة - إذا طلب إليها أحد ذوي الشأن أو النيابة العامة أو دون طلب - عزل المصفي واستبدال غيره به، متىٰ وجدت أسباب تبرر ذلك.

هذه المادة تطابق المادة (877) من التقنين الحالي، فيما عدا استبدال عبارة: «وللمحكمة» في الفقرة الثانية بعبارة: «وللقاضي أيضًا».

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1309) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 218).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (1089) من التقنين الأردني.

مادة (959):

1- علىٰ كاتب المحكمة، في اليوم الذي تقيد فيه دعوىٰ تعيين المصفي أو تثبيت وصي التركة - أن يسجل صحيفتها في سجل خاص يرتب بحسب أسماء المورثين، وعليه أن يؤشر في هامش التسجيل المذكور بالحكم الصادر في الدعوىٰ، وبكل حكم يصدر بتأييده أو بإلغائه، وبكل حكم يصدر بالعزل، وبكل ما يقع من رفض أو تنحٍّ، وذلك كله يوم صدور الحكم.

2- وعلىٰ الكاتب كذلك أن يرسل إلىٰ قلم كتاب محكمة القاهرة الابتدائية صورة من هذه التسجيلات والتأشيرات؛ لإثباتها في سجل عام ينظم بقرار يصدر من وزير العدل.

3- ويكون للتأشير بالحكم الصادر بتعيين المصفي، أو بتثبيت وصي التركة من الأثر في حق الغير الذي يتعامل مع الورثة في شأن عقارات التركة - ما للتأشير المنصوص عليه في المادة (993)، وذلك من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوىٰ في السجل الخاص.

هذه المادة تقابل المادة (879) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- علىٰ كاتب المحكمة أن يقيد يومًا فيومًا الأوامر الصادرة بتعيين المصفين وبتثبيت أوصياء التركة، في سجل عام تدون فيه أسماء المورثين بحسب الأوضاع المقررة للفهارس الأبجدية، ويجب أن يؤشر في هامش السجل بكل أمر يصدر بالعزل، وبكل ما يقع من تنازل.

2- ويكون لقيد الأمر الصادر بتعيين المصفي من الأثر في حق الغير الذي يتعامل مع الورثة في شأن عقارات التركة ما للتأشير المنصوص عليه في المادة 914».

ونظرًا إلىٰ أن طريقة الشهر المنصوص عليها في هذه المادة لا تكفي لتحقيق الحماية المطلوبة، فقد رئي في الفقرتين الأولىٰ والثانية من المادة المقترحة - تنظيم طريقة للشهر تكون أجدىٰ في تحقيق هذه الحماية. فطبقًا لطريقة الشهر المقترحة يكون هناك سجلان،

أحدهما: خاص تدون فيه أسماء المورثين، بحسب الأوضاع المقررة للفهارس الأبجدية، ويوضع في قلم كتاب المحكمة التي نظرت دعوىٰ التصفية، والآخر: عام يوضع في قلم كتاب محكمة القاهرة الابتدائية، وينظم بقرار يصدر من وزير العدل، وعلىٰ كاتب المحكمة التي نظرت دعوىٰ التصفية أن يسجل صحيفة هذه الدعوىٰ في السجل الخاص. وذلك في اليوم الذي تقيد فيه الدعوىٰ، سواء كانت بتعيين المصفي أو بتثبيت وصي التركة، وعليه أن يؤشر في هامش هذا التسجيل بالحكم الذي يصدر في الدعوىٰ بالتعيين أو بالتثبيت، وبكل حكم يصدر بتأييده أو بإلغائه، وبكل حكم يصدر بعزل المصفي، وبكل ما يقع منه من رفض لمهمته أو تنحٍّ عنها، علىٰ أن يتم ذلك كله يوم صدور الحكم، وعليه كذلك أن يرسل إلىٰ قلم كتاب محكمة القاهرة الابتدائية صورة من هذه التسجيلات والتأشيرات لإثباتها في السجل العام، الذي يتم تنظيمه بقرار يصدر من وزير العدل.

ويكون للتأشير بالحكم الصادر بتعيين المصفي أو بتثبيت وصي التركة من الأثر في حق الغير الذي يتعامل مع الورثة في عقارات التركة - ما للتأشير المنصوص عليه في المادة (993)، وذلك من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوىٰ في السجل الخاص.

والمادة المقترحة تقابل المادة (1090) من التقنين الأردني.

ومن الواضح أن أحكام المادة المقترحة يقبلها الفقه الإسلامي؛ لأنها تتضمن تنظيمًا للإجراءات الكفيلة بحماية حقوق المتعاملين مع الورثة في شأن عقارات التركة.

مادة (960):

1- يتسلم المصفي أموال التركة بمجرد تعيينه، ويتولىٰ تصفيتها برقابة المحكمة، وله أن يطلب منها أجرًا علىٰ قيامه بمهمته.

2- وتتحمل التركة نفقات التصفية، ويكون لهذه النفقات حق امتياز في مرتبة المصروفات القضائية.

هذه المادة تتفق مع المادة (880) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- يتسلم المصفي أموال التركة بمجرد تعيينه، ويتولىٰ تصفيتها برقابة المحكمة،

وله أن يطلب منها أجرًا عادلًا علىٰ قيامه بمهمته.

2- ونفقات التصفية تتحملها التركة، ويكون لهذه النفقات حق امتياز في مرتبة امتياز المصروفات القضائية».

وقد حذفت من الفقرة الأولىٰ كلمة: «عادلًا» المذكورة بعد كلمة: «أجرًا»؛ لعدم لزومها، وأدخل تعديل لفظي علىٰ الفقرة الثانية.

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (1091) من التقنين الأردني.

وأحكامها يقبلها الفقه الإسلامي، إذ هي تندرج في تنظيم مهمة المصفي.

مادة (961): علىٰ المحكمة أن تتخذ عند الاقتسام جميع ما يجب من الاحتياطات المستعجلة للمحافظة علىٰ التركة، وذلك بناءً علىٰ طلب أحد ذوي الشأن، أو بناءً علىٰ طلب النيابة العامة أو دون طلب، ولها بوجه خاص أن تأمر بوضع الأختام وإيداع النقود والأوراق المالية والأشياء ذات القيمة.

هذه المادة تطابق المادة (881) من التقنين الحالي، مع حذف: «ما» التي جاءت بعد كلمة: «طلب».

والمقصود بالمحكمة في هذا النص المحكمة التي تنظر دعوىٰ التصفية، كما أن الإيداع المشار إليه يكون في خزانة المحكمة، أو لدىٰ أمين كأحد المصارف، وذلك وفقًا لما تراه المحكمة.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1313) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 222).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (1092) من التقنين الأردني.

وحكمها يقبله الفقه الإسلامي، فهو يدخل في نطاق الإجراءات اللازمة للمحافظة علىٰ أموال التركة إلىٰ أن تتم التصفية.

مادة (962):

1- علىٰ المصفي أن يقوم في الحال بالصرف من مال التركة لتسديد نفقات تجهيز

الميت ونفقات مأتمه بما يناسب حالته، وعليه أيضًا أن يستصدر أمرًا من قاضي الأمور الوقتية بصرف نفقة كافية بالقدر المقبول من هذا المال، إلىٰ من كان المورث يعولهم من ورثته حتىٰ تنتهي التصفية، علىٰ أن تستنزل النفقة التي يستولي عليها كل وارث من نصيبه في الإرث.

2- وكل منازعة تتعلق بهذه النفقة تفصل فيها المحكمة.

هذه المادة تطابق المادة (882) من التقنين الحالي، فيما عدا إحلال لفظ: «المحكمة» في الفقرة الثانية محل عبارة: «قاضي الأمور الوقتية»، حيث رئي أن يكون الفصل في المنازعة المشار إليها من اختصاص المحكمة التي تنظر التصفية بدلًا من قاضي الأمور الوقتية.

انظر وقارن المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1314) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 222).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (1093) من التقنين الأردني.

وحكمها يتفق مع ما يقرره الفقه الإسلامي؛ لأنه يتناول واجبًا تفرضه الشريعة (انظر: رد المحتار، ص 449 و450).

3- جرد التركة:

مادة (963):

1- لا يجوز من وقت التأشير بالحكم الصادر بتعيين المصفي أن يتخذ الدائنون أي إجراء علىٰ التركة، كما لا يجوز لهم أن يستمروا في أي إجراء اتخذوه إلا في مواجهة المصفي.

2- وكل توزيع فتح ضد المورث، ولم تقفل قائمته النهائية - يجب وقفه حتىٰ تتم تسوية جميع ديون التركة متىٰ طلب ذلك أحد ذوي الشأن.

هذه المادة تطابق المادة (883) من التقنين الحالي، فيما عدا إحلال عبارة: «التأشير بالحكم» في الفقرة الأولىٰ محل عبارة: «قيد الأمر».

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1315) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 227 و228).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (1094) من التقنين الأردني.

وحكمها يقبله الفقه الإسلامي؛ لأن من شأنه تحقيق المساواة الفعلية بين الدائنين.

مادة (964): لا ينفذ في حق ذوي الشأن أي تصرف يصدر من الوارث في مال التركة، قبل أن تسلم إليه شهادة التوريث المنصوص عليها في المادة 980، كما لا ينفذ في حقهم استيفاء الوارث ما للتركة من ديون أو جعله دينًا عليه قصاصًا بدين التركة.

هذه المادة تقابل المادة (884) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «لا يجوز للوارث قبل أن تسلم إليه شهادة التوريث المنصوص عليها في المادة (901) - أن يتصرف في مال التركة، كما لا يجوز له أن يستوفي ما للتركة من ديون، أو أن يجعل دينًا عليه قصاصًا بدين التركة».

وقد عدلت هذه المادة بالنص صراحة علىٰ حكم التصرف الذي يصدر من الوارث في الحالات المذكورة؛ حسمًا لخلاف ثار في القضاء حول حقيقة هذا الحكم، فقد ذهب رأي إلىٰ أن مثل هذا التصرف يقع باطلًا، بينما ذهب رأي آخر إلىٰ أن التصرف يكون غير نافذ في حق ذوي الشأن، وهذا هو الحل الصحيح الذي رئي النص عليه.

والمادة المقترحة تقابل المادة (1095) من التقنين الأردني التي تتفق مع المادة (884) من التقنين المصري الحالي.

وحكمها يقبله الفقه الإسلامي؛ لأن من شأنه أن تغل أيدي الورثة عن التصرف في أموال التركة، كي تتم التصفية علىٰ الوجه الأكمل.

مادة (965):

1- علىٰ المصفي في أثناء التصفية أن يتخذ ما تتطلبه أموال التركة من الوسائل التحفظية، وأن يقوم بما يلزم من أعمال الإدارة، وعليه كذلك أن ينوب عن التركة في

الدعاوي، وأن يستوفي ما لها من ديون قد حلت.
2- ويكون المصفي- ولو لم يكن مأجورًا - مسئولًا مسئولية الوكيل المأجور، وللمحكمة أن تطالبه بتقديم حساب عن إدارته في مواعيد دورية.

هذه المادة تطابق المادة (885) من التقنين الحالي، فيما عدا استبدال كلمة: «كذلك» في الفقرة الأولىٰ بكلمة: «أيضًا»، واستبدال عبارة: «وللمحكمة» في الفقرة الثانية بعبارة: «وللقاضي».

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1317) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 230).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (1096) من التقنين الأردني.

وحكمها يحبذه الفقه الإسلامي؛ لأنه يتناول واجب المصفي في القيام بما يلزم للمحافظة علىٰ أموال التركة وتنميتها.

مادة (966):

1- علىٰ المصفي أن يوجه تكليفًا علنيًّا لدائني التركة ومدينيها يدعوهم فيه لأن يقدموا بيانًا بما لهم من حقوق، وما عليهم من ديون، وذلك خلال ثلاثة أشهر من التاريخ الذي ينشر فيه التكليف آخر مرة.

2- ويجب أن يلصق التكليف علىٰ الباب الرئيسي لمقر العمدة في المدينة أو القرية التي توجد بها أعيان التركة، أو علىٰ الباب الرئيسي لمركز الشرطة في المدن التي تقع في دائرتها هذه الأعيان، وفي لوحة المحكمة الجزئية التي يقع في دائرتها آخر موطن للمورث، وفي صحيفتين من الصحف اليومية الواسعة الانتشار.

هذه المادة تطابق المادة (886) من التقنين الحالي، مع استبدال كلمة: «صحيفتين» في الفقرة الثانية بكلمة: «صحيفة»، وذلك حتىٰ تكون إجراءات النشر محققة للغرض الذي توخاه النص، وهو استيفاء كل الضمانات ليعلم دائنو التركة ومدينوها بالتصفية.

والمادة المقترحة تقابل المادة (1097) من التقنين الأردني.

ويقر الفقه الإسلامي ما تتضمنه من إجراءات يراد بها الوقوف علىٰ ما للتركة من حقوق وما عليها من ديون حتىٰ تتم التصفية علىٰ أساس صحيح.

مادة (967):

1- علىٰ المصفي أن يودع قلم كتاب المحكمة - خلال أربعة أشهر من يوم تعيينه - قائمة تبين ما للتركة وما عليها وتشتمل علىٰ تقدير لقيمة هذه الأموال، وعليه أيضًا أن يخطر، بكتاب موصىٰ عليه مصحوب بعلم وصول في الميعاد المتقدم، كل ذي شأن بحصول هذا الإيداع.

2- ويجوز أن يطلب إلىٰ المحكمة مد هذا الميعاد، إذا وجدت ظروف تبرر ذلك.

هذه المادة تطابق المادة (887) من التقنين الحالي، فيما عدا إضافة عبارة: «مصحوب بعلم وصول» في الفقرة الأولىٰ بعد عبارة: «بكتاب موصىٰ عليه»، واستبدال كلمة: «المحكمة» في الفقرة الثانية بكلمة: «القاضي».

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1319) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 242).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (1098) من التقنين الأردني.

وحكمها يقره الفقه الإسلامي؛ لأنه يتناول جانبًا من جوانب المهمة الرئيسية للمصفي، وهو جرد التركة وحصر ما لها من حقوق، وما عليها من ديون، وإيداع قائمة بهذا الجرد قلم كتاب المحكمة.

مادة (968):

1- للمصفي أن يستعين في الجرد وفي تقدير قيمة أموال التركة بخبير، أو بمن يكون له في ذلك دراية خاصة.

2- ويجب علىٰ المصفي أن يثبت ما تكشف عنه أوراق المورث، وما هو ثابت في السجلات العامة من حقوق وديون، وما يصل إلىٰ علمه عنها من أي طريق كان، وعلىٰ الورثة أن يبلغوا المصفي عما يعلمونه من ديون علىٰ التركة وحقوق لها.

هذه المادة تطابق المادة (888) من التقنين الحالي.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1320) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 242).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (1099) من التقنين الأردني.

وحكمها يقره الفقه الإسلامي؛ لأنه يتضمن توجيهات إلىٰ المصفي تكفل له الوقوف علىٰ مقدار ما للتركة من حقوق، وما عليها من ديون.

مادة (969): يعاقب بعقوبة التبديد كل من أخفىٰ أو استولىٰ غشًّا علىٰ مال من أموال التركة، ولو كان وارثًا.

هذه المادة تقابل المادة (889) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «يعاقب بعقوبة التبديد كل من استولىٰ غشًّا علىٰ شيء من مال التركة، ولو كان وارثًا».

وقد عدل هذا النص، حيث استبدلت عبارة: «كل من أخفىٰ أو استولىٰ» بعبارة: «كل من استولىٰ»؛ لأن المقصود ليس فحسب استيلاء الشخص علىٰ المال بقصد الاستئثار به إضرارًا بالورثة والدائنين، بل وكذلك إخفاء الشخص المال بقصد الاستئثار به لنفسه وللورثة بعيدًا عن الدائنين إضرارًا بهم، كما أدخل تعديل لفظي باستبدال عبارة: «مال من أموال التركة»، بعبارة: «شيء من مال التركة».

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1321) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 242)، والمادة المقترحة تقابل المادة (1100) من التقنين الأردني التي تطابق المادة (889) من التقنين المصري الحالي.

وحكمها من قبيل التعزير المقرر في الفقه الإسلامي، وذلك حفاظًا علىٰ حقوق الورثة والموصىٰ لهم والدائنين.

مادة (970):

1- كل منازعة في صحة الجرد - وبوجه خاص ما كان متعلقًا بإغفال أعيان أو حقوق

للتركة أو عليها أو بإثباتها - ترفع بعريضة للمحكمة، بناءً علىٰ طلب كل ذي شأن، خلال الثلاثين يومًا التالية للإخطار بإيداع قائمة الجرد.

2- وتجري المحكمة تحقيقًا، فإذا رأت الشكوىٰ جدية أصدرت أمرًا بقبولها، ويصح التظلم من هذا الأمر وفقًا لأحكام قانون المرافعات.

3- وإن لم يكن النزاع قد سبق رفعه إلىٰ القضاء، عينت المحكمة أجلًا يرفع فيه ذو الشأن دعواه أمام المحكمة المختصة.

هذه المادة تطابق المادة (890) من التقنين الحالي، مع حذف العبارة الأخيرة منها التي تقول: «وتقضي فيها هذه المحكمة علىٰ وجه الاستعجال»، وذلك نظرًا إلىٰ أنه بمقتضىٰ القانون رقم (100) لسنة 1962، ثم بمقتضىٰ تقنين المرافعات الصادر بالقانون رقم (13) لسنة 1968، ألغيت التفرقة بين الدعاوىٰ التي تنظر علىٰ الوجه المعتاد، والدعاوىٰ التي يوجب القانون الفصل فيها علىٰ وجه السرعة، وذلك بإلغاء كافة الآثار القانونية المترتبة علىٰ هذه التفرقة.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1322) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 243).

والمادة المقترحة تقابل المادة (1101) من التقنين الأردني.

وحكمها يقبله الفقه الإسلامي، فهو من قبيل الإجراءات اللازمة للتحقق من سلامة التصفية.

4- تسوية ديون التركة:

مادة (971): متىٰ انقضىٰ الميعاد المعين لرفع المنازعات المتعلقة بالجرد - يقوم المصفي بعد استئذان المحكمة بوفاء ديون التركة التي لم يقم في شأنها نزاع، أما الديون التي تنوزع فيها، فتسوىٰ بعد الفصل في النزاع نهائيًّا.

هذه المادة تطابق المادة (891) من التقنين الحالي، مع استبدال عبارة: «متىٰ انقضىٰ» في بداية النص بعبارة: «بعد انقضاء».

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م

1324) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 251).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (1102) من التقنين الأردني.

وحكمها يقبله الفقه الإسلامي، فهو من قبيل الإجراءات المؤدية إلىٰ الوفاء بما علىٰ التركة من ديون.

مادة (972): علىٰ المصفي - في حالة إعسار التركة أو في حالة احتمال إعسارها - أن يقف تسوية أي دين، ولو لم يقم في شأنه نزاع، حتىٰ يفصل نهائيًّا في جميع المنازعات المتعلقة بديون التركة.

هذه المادة تطابق المادة (892) من التقنين الحالي.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1325) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 251).

والمادة المقترحة تطابق المادة (1103) من التقنين الأردني.

وحكمها يقبله الفقه الإسلامي؛ لأنه من قبيل الإجراءات التي من شأنها التثبت من مقدار جميع الديون التي علىٰ التركة في حالة إعسارها أو احتمال إعسارها.

مادة (973):

1- يقوم المصفي بوفاء ديون التركة مما يحصله من حقوقها، وما تشتمل عليه من نقود، ثم من ثمن ما يبيعه بسعر السوق من أوراق مالية، ثم من ثمن ما في التركة من منقول، فإن لم يكن كل ذلك كافيًا، فمن ثمن ما في التركة من عقار.

2- وتباع منقولات التركة وعقاراتها بالمزاد العلني وفقا للأوضاع، وفي المواعيد المنصوص عليها في البيوع الجبرية، إلا إذا اتفق جميع الورثة علىٰ أن يتم البيع بطريقة أخرىٰ، فإذا كانت التركة معسرة، لزمت أيضًا موافقة جميع الدائنين، وللورثة في جميع الأحوال الحق في أن يدخلوا في المزاد.

هذه المادة تتفق مع المادة (893) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- يقوم المصفي بوفاء ديون الشركة مما يحصله من حقوقها، ومما تشتمل عليه

من نقود، ومن ثمن ما يكون قد باعه بسعر السوق من أوراق مالية، ومن ثمن ما في التركة من منقول، فإن لم يكن كل ذلك كافيًا، فمن ثمن ما في التركة من عقار.

2- وتباع منقولات التركة وعقاراتها بالمزاد العلني وفقًا للأوضاع، وفي المواعيد المنصوص عليها في البيوع الجبرية، إلا إذا اتفق جميع الورثة علىٰ أن يتم البيع بطريقة أخرىٰ، أو علىٰ أن يتم ممارسة، فإذا كانت التركة معسرة، لزمت أيضًا موافقة جميع الدائنين، وللورثة في جميع الأحوال الحق في أن يدخلوا في المزاد».

وقد أدخلت علىٰ الفقرة الأولىٰ من هذه المادة تعديلات لفظية، أريد بها بيان الأولوية فيما يتعلق بأموال التركة التي توفىٰ بها ديونها، حيث يبدأ المصفي من هذه الأموال بما يقتضيه من حقوق للتركة في ذمة مدينيها، وما تشتمل عليه التركة من نقود، فإذا لم تكف هذه المبالغ للوفاء بالديون، شرع في بيع أموال التركة الأخرىٰ. فيبدأ ببيع الأوراق المالية من أسهم وسندات إذا وجدت، ويبيعها بسعر السوق في يوم البيع، فإذا كان ثمن الأوراق المالية لا يزال غير كاف للوفاء، بالديون فإنه يبيع منقولات التركة، فإن لم يكن كل ذلك كافيًا، فإنه يبيع عقارات التركة، وذلك بالقدر اللازم لوفاء الديون.

وفي الفقرة الثانية حذفت عبارة: «أو علىٰ أن يتم ممارسة»؛ إذ إن اتفاق جميع الورثة علىٰ أن يتم البيع بطريقة أخرىٰ يشمل كل البيوع غير البيع الجبري بما فيها البيع بالممارسة.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1326) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 251).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (1104) من التقنين الأردني.

وحكمها يقبله الفقه الإسلامي، فهو يرسم طريقة معقولة للوفاء بالديون من أموال التركة، مع توفير الضمانات اللازمة لحماية حقوق الورثة والدائنين.

مادة (974): للمحكمة - بناءً علىٰ طلب جميع الورثة - أن تحكم بحلول الدين المؤجل.

هذه المادة تقابل المادة (894) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «للمحكمة -

بناءً علىٰ طلب جميع الورثة - أن تحكم بحلول الدين المؤجل، وبتعيين المبلغ الذي يستحقه الدائن، مراعية في ذلك حكم المادة 544».

وقد عدل هذا النص بحذف العبارة الأخيرة منه؛ إذ إن هذه العبارة تعني أنه لكي لا يضار الدائن من الوفاء المعجل في حالة ما إذا كان الدين يغل فائدة، يجب علىٰ المحكمة أن تراعي في تعيين المبلغ الذي يستحقه الدائن تعويضه عما فاته من ربح بسبب هذا الوفاء المعجل، دون أن يجاوز هذا التعويض قيمة الفوائد المستحقة عن ستة أشهر وفقًا لما تقضي به المادة (544) مدني (المذكرة الإيضاحية في مجموعة الأعمال التحضيرية، ج 6/ ص 258).

ومن ثم فإن هذا الحذف إنما يجري بناءً علىٰ خطة المشروع في تحريم الربا.

وحكم المادة المقترحة من شأنه أن يفيد الدائن، فإجماع الورثة علىٰ طلب الحكم بحلول الدين المؤجل يعتبر نزولًا منهم عن ميزة الأجل، ولكنهم قد يرون أن ذلك من مصلحتهم؛ حتىٰ تخلص لهم أنصباؤهم في الإرث خلوصًا تامًّا، غير أن الدين مع ذلك لا يخصم منه شيء نظير التعجيل.

والمادة المقترحة تقابل المادة (1105) من التقنين الأردني.

وحكمها يتفق مع أحكام الفقه الإسلامي، فقد نصت المادة (212) من مرشد الحيران علىٰ ما يأتي: «إذا كان الدين مؤجل، فللمديون أن يدفعه قبل حلول الأجل، ويجبر الدائن علىٰ القبول». (ابن عابدين ج 4/ رقم 241).

مادة (975):

1- إذا لم يجمع الورثة علىٰ طلب حلول الدين المؤجل، تولت المحكمة توزيع الديون المؤجلة وتوزيع أموال التركة، بحيث يختص كل وارث من جملة ديون التركة، ومن جملة أموالها بما يكون في نتيجته معادلًا لصافي حصته في الإرث.

2- وترتب المحكمة لكل دائن من دائني التركة تأمينًا كافيًا علىٰ عقار أو منقول، علىٰ أن تحتفظ لمن كان له تأمين خاص بذات هذا التأمين، فإن استحال تحقيق ذلك، ولو بإضافة تأمين تكميلي يقدمه الورثة من مالهم الخاص، أو الاتفاق علىٰ أية

تسوية أخرىٰ - رتبت المحكمة التأمين علىٰ أموال التركة جميعها.

3- وفي جميع الأحوال، إذا ورد تأمين علىٰ عقار ولم يكن قد سبق شهره، وجب أن يشهر هذا التأمين؛ وفقًا للأحكام المقررة في شهر حق الرهن الرسمي.

هذه المادة تطابق المادة (895) من التقنين الحالي، مع استبدال كلمة: «بذات» في الفقرة الثانية بكلمة: «بنفس». واستبدال عبارة: «الرهن الرسمي». في الفقرة الثانية: «بكلمة الاختصاص». نظرًا إلىٰ إلغاء حق الاختصاص في المشروع. فإذا حكمت المحكمة بتقرير تأمين علىٰ عقار ولم يكن قد سبق شهره - استخرج الدائن صورة رسمية من الحكم محررة علىٰ الورق الأزرق الخاص، وقدمها مع قائمة القيد إلىٰ مكتب الشهر المختص لإجراء قيدها.

انظر المراحل التي مرت بها المادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1328) في لجنة المراجعة، وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ، ومذكرتها الإيضاحية في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 255 - 259).

وحكم المادة المقترحة يقبله الفقه الإسلامي، فهو يتناول توزيع أموال التركة وديونها علىٰ الورثة بحسب حصصهم في الإرث، مع توفير الضمانات اللازمة للدائنين.

مادة (976): يجوز لكل وارث، بعد توزيع الديون المؤجلة، أن يدفع القدر الذي اختص به قبل أن يحل الأجل طبقًا للمادة 974.

هذه المادة تطابق المادة (896) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (1106) من التقنين الأردني.

وحكمها يتفق مع أحكام الفقه الإسلامي (انظر في هذا المعنىٰ: المادة (212) من مرشد الحيران، وقد تقدم ذكرها، وانظر ابن عابدين (ج 4/ رقم 241)).

مادة (977): لا يجوز لدائني التركة الذين لم يستوفوا حقوقهم لعدم ظهورها في قائمة الجرد، ولم تكن لهم تأمينات علىٰ أموال التركة - أن يرجعوا علىٰ من كسب بحسن نية حقًّا عينيًّا علىٰ تلك الأموال، وإنما لهم الرجوع علىٰ الورثة بسبب

إثرائهم.

هذه المادة تتفق مع المادة (897) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «دائنو التركة الذين لم يستوفوا حقوقهم لعدم ظهورها في قائمة الجرد، ولم تكن لهم تأمينات علىٰ أموال التركة - لا يجوز لهم أن يرجعوا علىٰ من كسب بحسن نية حقًّا عينيًّا علىٰ تلك الأموال، وإنما لهم الرجوع علىٰ الورثة بسبب إثرائهم».

وقد أدخل تعديل لفظي علىٰ هذه المادة.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1320) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 260).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (1107) من التقنين الأردني.

وحكمها يقبله الفقه الإسلامي؛ لأنه يكفل الحماية للغير الذي يتعامل بحسن نية في شأن مال من أموال التركة، مع الاحتفاظ للدائنين بحقهم في الرجوع علىٰ الورثة.

مادة (978): يتولىٰ المصفي - بعد تسوية ديون التركة - تنفيذ الوصايا وغيرها من التكاليف.

هذه المادة تطابق المادة (898) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (1108) من التقنين الأردني.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1331) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 262).

ويتفق حكم المادة المقترحة مع أحكام الفقه الإسلامي، فهو تطبيق لقاعدة: «لا تركة إلا بعد سداد الديون».

5- تسليم أموال التركة وقسمة هذه الأموال:

مادة (979):

1- يسلم المصفي - بعد تنفيذ التزامات التركة - ما بقي من أموالها إلىٰ الورثة، كل بحسب نصيبه الشرعي.

2- ويجوز للورثة، بمجرد انقضاء الميعاد المقرر للمنازعات المتعلقة بالجرد - المطالبة بأن يتسلموا بصفة مؤقتة الأشياء والنقود التي لا يحتاج إليها في تصفية التركة، أو أن يتسلموا بعضًا منها، وذلك مقابل تقديم كفالة أو بدون تقديمها.

هذه المادة تتفق مع المادتين (899 و900) من التقنين الحالي.

فالمادة (899) تنص علىٰ ما يأتي: «بعد تنفيذ التزامات التركة يئول ما بقي من أموالها إلىٰ الورثة».

والمادة (900) تنص على ما يأتي:

«1- يسلم المصفي إلىٰ الورثة ما آل إليهم من أموال التركة.

2- ويجوز للورثة، بمجرد انقضاء الميعاد المقرر للمنازعات المتعلقة بالجرد - المطالبة بأن يتسلموا بصفة مؤقتة الأشياء والنقود التي لا يحتاج لها في تصفية التركة أو أن يتسلموا بعضًا منها، وذلك مقابل تقديم كفالة أو بدون تقديمها».

وقد رئي إدماج الحكم المنصوص عليه في المادة (899)، والفقرة الأولىٰ من المادة (900) في نص واحد هو الفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة، كما روعي تفادي ذكر لفظ: «يئول» الوارد في مادة (899)، وكذلك عبارة: «ما آل» الواردة في الفقرة الأولىٰ من المادة (900)؛ لما قد توحي به هذه العبارة أو ذلك اللفظ من أن الوارث لا يتملك إلا بعد الوفاء بالديون؛ إذ إنه يتملك فور الوفاة، كما هو واضح من نص المادة (955) من المشروع.

وصارت الفقرة الثانية من المادة (900) من التقنين الحالي هي الفقرة الثانية من المادة المقترحة.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادتين المقابلتين في الشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1332 و1333) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 266).

والمادة المقترحة تتفق مع المادتين (1109 و1110) من التقنين الأردني اللتين صيغتا علىٰ نهج المادتين (899 و900) من التقنين المصري الحالي.

وحكم الفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة تطبيق لقاعدة: «لا تركة إلا بعد سداد

الديون».

أما حكم الفقرة الثانية فهو مستقًىٰ من المصالح المرسلة.

مادة (980): تسلم المحكمة إلىٰ كل وارث يقدم إعلامًا شرعيًّا بالوراثة، أو ما يقوم مقام هذا الإعلام، شهادة تبين مقدار نصيبه في الإرث، وتعين ما يشمله هذا النصيب من أموال التركة.

هذه المادة تتفق مع المادة (901) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «تسلم المحكمة إلىٰ كل وارث يقدم إعلامًا شرعيًّا بالوراثة، أو ما يقوم مقام هذا الإعلام، شهادة تقرر حقه في الإرث، وتبين مقدار نصيبه منه، وتعين ما آل إليه من أموال التركة».

وقد عدلت صياغة هذه المادة علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة. وروعي في هذا التعديل تفادي ذكر عبارة: «ما آل»، حيث استبدلت عبارة: «ويعين ما يشمله هذا النصيب من أموال التركة»، بعبارة: «وتعين ما آل إليه من أموال التركة».

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1334) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 266).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (1111) من التقنين الأردني.

وحكمها يأتي خاتمة طبيعية لإجراءات التصفية، فهو مستقًىٰ من المصالح المرسلة.

مادة (981): لكل وارث أن يطلب من المصفي أن يسلمه نصيبه في الإرث مفرزًا، إلا إذا كان هذا الوارث ملزمًا بالبقاء في الشيوع، بناءً علىٰ اتفاق أو نص في القانون.

هذه المادة تطابق المادة (902) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (1112) من التقنين الأردني.

ويعتبر حكمها من الناحية الشرعية أنه مستمد من المصالح المرسلة.

مادة (982):

1- إذا كان طلب القسمة واجب القبول، تولىٰ المصفي إجراء القسمة بطريقة

ودية، علىٰ ألا تصبح هذه القسمة نهائية إلا بعد أن يقرها الورثة بالإجماع.

2- فإذا لم ينعقد إجماعهم علىٰ ذلك فعلىٰ المصفىٰ أن يرفع علىٰ نفقة التركة دعوىٰ بالقسمة وفقًا لأحكام القانون، وتستنزل نفقات الدعوىٰ من أنصباء المتقاسمين.

هذه المادة تطابق المادة (903) من التقنين الحالي.

وتتفق مع المادة (1113) من التقنين الأردني.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1336) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 269).

ويعتبر حكم المادة المقترحة من الناحية الشرعية أنه مستقًىٰ من المصالح المرسلة.

مادة (983): تسري علىٰ قسمة التركة القواعد المقررة في القسمة، وبوجه خاص ما يتعلق منها بضمان التعرض والاستحقاق وبالغبن وبامتياز المتقاسم، وتسري عليها أيضًا الأحكام الآتية.

هذه المادة تطابق المادة (904) من التقنين الحالي.

وتتفق مع المادة (1114) من التقنين الأردني.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1337) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 269).

وحكمها من الناحية الشرعية يتفق مع القواعد العامة في القسمة.

مادة (984): إذا لم يتفق الورثة علىٰ قسمة الأوراق العائلية، أو الأشياء التي تتصل بعاطفة الورثة نحو المورث - أمرت المحكمة إما ببيع هذه الأشياء، أو بإعطائها لأحد الورثة مع استنزال قيمتها من نصيبه في الميراث أو دون استنزال، ويراعىٰ في ذلك ما جرىٰ عليه العرف، وما يحيط بالورثة من ظروف شخصية.

هذه المادة تطابق المادة (905) من التقنين الحالي.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م

1338) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 272).

ويعتبر حكم المادة المقترحة من الناحية الشرعية أنه مستقًى من المصالح المرسلة.

مادة (985): إذا كان بين أموال التركة مستغل زراعي أو صناعي أو تجاري، مما يعتبر وحدة اقتصادية قائمة بذاتها - وجب تخصيصه برمته لمن يطلبه من الورثة، إذا كان أقدرهم علىٰ الاضطلاع به، ويقوم ثمن هذا المستغل بحسب قيمته، ويستنزل من نصيب الوارث في التركة، فإذا تساوت قدرة الورثة علىٰ الاضطلاع بالمستغل، خصص لمن يعطي من بينهم أعلىٰ قيمة بحيث لا تقل عن ثمن المثل.

هذه المادة تطابق المادة (906) من التقنين الحالي، مع تعديل لفظي طفيف.

وتتفق مع المادة (1115) من التقنين الأردني.

انظر المراحل التي مرت بها المادة المقترحة في لجنة المراجعة، ولجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 274 و275).

ويعتبر حكم المادة المقترحة من الناحية الشرعية أنه مستمد من المصالح المرسلة.

مادة (986): إذا اختص أحد الورثة عند القسمة بدين للتركة، فإن باقي الورثة لا يضمنون له المدين إذا هو أعسر بعد القسمة، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك.

هذه المادة تطابق المادة (907) من التقنين الحالي.

وتقابل المادة (1116) من التقنين الأردني.

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (1092) من المجلة علىٰ ما يأتي: «كما أن أعيان مال المتوفىٰ المتروكة مشتركة بين الورثة علىٰ حسب حصصهم، كذلك يكون الدين الذي له في ذمة شخص مشتركًا بينهم علىٰ حسب حصصهم».

ونصت المادة (1123) علىٰ ما يأتي: «كون المقسوم عينًا شرط، فلا يصح تقسيم الدين المشترك قبل القبض، مثلًا: إذا كان للمتوفىٰ ديون في ذمة أشخاص متعددين، واقتسمتها الورثة علىٰ أن ما في ذمة فلان من الدين لفلان الوارث وما في ذمة فلان منه لفلان الوارث، فلا يصح، وفي هذه الصورة مهما حصله أحد الورثة يشاركه فيه الوارث

الآخر».

غير أنه يلاحظ أن اتفاق الورثة عند القسمة علىٰ أن يختص أحدهم بدين للتركة - يتضمن حوالة حق من جانب الورثة لهذا الوارث بالنسبة إلىٰ أنصبائهم في الدين الذي للتركة.

مادة (987): تصح الوصية بقسمة أعيان التركة علىٰ ورثة الموصي، بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه، فإن زادت قيمة ما عين لأحدهم علىٰ استحقاقه في التركة كانت الزيادة وصية.

هذه المادة تطابق المادة (908) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (1117) من التقنين الأردني.

انظر المراحل التي مرت بها المادة المقترحة في لجنة المراجعة، ولجنة الشئون التشريعية في مجلس النواب، ولجنة القانون المدني في مجلس الشيوخ في مجموعة الأعمال التحضيرية

(ج 6/ ص 277 - 279).

ويتفق حكم المادة المقترحة مع الأحكام الشرعية في الميراث والوصية، فهي منقولة من المادة (13) من قانون الوصية رقم (71) لسنة 1946 التي تنص علىٰ ما يأتي: «تصح الوصية بقسمة أعيان التركة علىٰ ورثة الموصي، بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه، وتكون لازمة بوفاة الموصي. فإن زادت قيمة ما عين لأحدهم عن استحقاقه في التركة، كانت الزيادة وصية». وتقول المذكرة الإيضاحية لقانون الوصية في صدد هذا النص: «مادة جديدة وضعت لتمكين المورث من تنظيم تركته، وقسمتها بين الورثة علىٰ وجه المصلحة التي يراها، فيجوز للمورث أن يعين لكل وارث قدر نصيبه في التركة، وأن يوصي بأن يكون لكل وارث ما عينه له، ووصيته بذلك صحيحة نافذة (قال بذلك بعض فقهاء الشافعية والحنابلة)، وبناءً علىٰ ما جاء بالمادة (38) من جواز الوصية للوارث بالثلث دون توقف علىٰ إجازة الورثة، يجوز للمورث أن يزيد في بعض الأنصباء ما يراه، بحيث لا يتجاوز مجموع الزيادة ثلث التركة، فإن كان

أكثر من الثلث ولم يجز الورثة الزائد، قسم الثلث بين أصحاب الأنصباء المزيدة بنسبة ما زاد لكل منهم، ورد الباقي إلىٰ التركة».

مادة (988): يجوز الرجوع في القسمة المضافة إلىٰ ما بعد الموت، وتصبح لازمة بوفاة الموصي.

هذه المادة تتفق مع المادة (909) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «القسمة المضافة إلىٰ ما بعد الموت يجوز الرجوع فيها دائمًا، وتصبح لازمة بوفاة الموصي».

وتطابق المادة (1118) من التقنين الأردني.

ويتفق حكم المادة المقترحة مع الأحكام الشرعية في الوصية. انظر المادتين (13 و18) من قانون الوصية.

مادة (989): إذا لم تشمل القسمة جميع أموال المورث وقت وفاته - فإن الأموال التي لم تدخل في القسمة تئول شائعة إلىٰ الورثة طبقًا لقواعد الميراث.

هذه المادة تطابق المادة (910) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (1119) من التقنين الأردني.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1343) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 287).

ويتفق حكم المادة المقترحة مع الأحكام الشرعية في الميراث والوصية.

مادة (990): إذا مات قبل وفاة المورث واحد أو أكثر من الورثة المحتملين الذين دخلوا في القسمة - فإن الحصة المفرزة التي كانت تقع في نصيب من مات تئول شائعة إلىٰ باقي الورثة طبقًا لقواعد الميراث، وذلك مع عدم الإخلال بأحكام الوصية الواجبة.

هذه المادة تتفق مع المادة (911) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «إذا مات قبل وفاة المورث واحد أو أكثر من الورثة المحتملين الذين دخلوا في القسمة -

فإن الحصة المفرزة التي وقعت في نصيب من مات تئول شائعة إلىٰ باقي الورثة طبقًا لقواعد الميراث».

وقد أدخل علىٰ هذه المادة تعديل لفظي، حيث استبدلت عبارة: «التي كانت تقع في نصيب من مات» بعبارة: «التي وقعت في نصيب من مات»، وأضيفت إليها العبارة الأخيرة في المادة المقترحة التي تقول: «وذلك مع عدم الإخلال بأحكام الوصية الواجبة»؛ إذ إن الوصية الواجبة مقدمة علىٰ غيرها من الوصايا (م 78 من قانون الوصية).

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1344/ 2) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 287).

والمادة المقترحة تقابل المادة (1120) من التقنين الأردني.

وتتفق أحكام المادة المقترحة مع الأحكام الشرعية في الميراث والوصية.

مادة (991): تسري في القسمة المضافة إلىٰ ما بعد الموت أحكام القسمة عامة، عدا أحكام الغبن.

هذه المادة تطابق المادة (912) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (1121) من التقنين الأردني.

انظر المراحل التي مرت بها المادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1345) في لجنة المراجعة، وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 284 - 285).

ويتفق حكم المادة المقترحة مع القواعد العامة في القسمة والأحكام الشرعية في الوصية.

مادة (992): إذا لم تشمل القسمة ديون التركة، أو شملتها ولكن لم يوافق الدائنون علىٰ القسمة - جاز عند عدم تسوية الديون بالاتفاق مع الدائنين، أن يطلب أي وارث قسمة التركة طبقًا للمادة (975)، علىٰ أن تراعىٰ بقدر الإمكان القسمة

التي أوصىٰ بها المورث، والاعتبارات التي بنيت عليها.

هذه المادة تطابق المادة (913) من التقنين الحالي.

وتقابل المادة (1122) من التقنين الأردني.

ويتمشىٰ حكم المادة المقترحة مع حرص الفقه الإسلامي علىٰ حماية حقوق الدائنين، وتوفير الضمانات اللازمة للوفاء بديونهم، مع احترام وصية المورث بقدر المستطاع.

6- أحكام التركات التي لم تصف:

مادة (993): إذا لم تكن التركة قد صفيت وفقًا لأحكام النصوص السابقة - جاز لدائني التركة العاديين أن ينفذوا بحقوقهم أو بما أوصىٰ به لهم علىٰ عقارات التركة التي حصل التصرف فيها، أو التي رتبت عليها حقوق عينية لصالح الغير، إذا أشروا بديونهم وفقًا لأحكام القانون.

هذه المادة تطابق المادة (914) من التقنين الحالي.

وتقابل المادة (1107) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (1123) من التقنين الأردني.

والتأشير المشار إليه في المادة المقترحة بينت أحكامه المادة (14) من قانون تنظيم الشهر العقاري رقم (114) لسنة 1946، وكذلك المادة (31) من قانون نظام السجل العيني رقم (142) لسنة 1964.

والسند الشرعي للمادة المقترحة أن حكمها من قبيل الأمور التنظيمية التي تكفل حماية حقوق دائني التركة والموصىٰ لهم.

(2) الوصية

مادة (994):

1- تسري علىٰ الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها.

2- ولا يكون للأجنبي الحق في الاستفادة من الوصية، إلا إذا كان قانون بلده يخول المصريين هذا الحق.

الفقرة الأولىٰ من هذه المادة تطابق المادة (915) من التقنين الحالي.

رئي إضافة الحكم المنصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة المقترحة؛ أخذًا بمبدأ المعاملة بالمثل، إذا ما انتهت قواعد الإسناد إلىٰ تطبيق القانون المصري، وكان هذا القانون يقضي بتخويل الأجنبي حق الاستفادة من الوصية، بينما لا يقضي بذلك قانون بلده بالنسبة إلىٰ المصريين.

أنظر المذكرة الإيضاحية (نظرة عامة) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 292).

وانظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1348) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 293 و294).

والفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة تطابق المادة (941) من التقنين الكويتي.

وتتفق مع المادة (1126) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (1108) من التقنين العراقي.

مادة (995):

1- كل تصرف قانوني يصدر من شخص في مرض الموت، ويكون مقصودًا به التبرع - يعتبر تصرفًا مضافًا إلىٰ ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيًّا كانت التسمية التي تعطىٰ لهذا التصرف.

2- وعلىٰ ورثة من تصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق.

3- وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت - اعتبر التصرف صادرًا علىٰ سبيل التبرع، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك.

هذه المادة تقابل المادة (916) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت، ويكون مقصودًا به التبرع - يعتبر تصرفًا مضافًا إلىٰ ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيًّا كانت التسمية التي تعطىٰ لهذا التصرف.

2- وعلىٰ ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج علىٰ الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتًا.

3- وإذا أثبت الورثة أن التصرف قد صدر من مورثهم في مرض الموت - اعتبر التصرف صادرًا علىٰ سبيل التبرع، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه».

وقد عدلت هذه المادة حيث استبدلت عبارة: «كل تصرف قانوني» في بداية الفقرة الأولىٰ بعبارة: «كل عمل قانوني». واستبدلت عبارة: «التصرف القانوني» في الفقرة الثانية بعبارة: «العمل القانوني»؛ لأن المقصود في هذا المقام هو التصرف.

وحذفت العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية التي تقول: «ولا يحتج علىٰ الورثة بتاريخ السند، إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتًا»؛ لأن ورود هذه العبارة يعني أن الوارث يعتبر من الغير في خصوص ثبوت تاريخ الورقة العرفية الصادرة من المورث، وهو غير صحيح، كما أنه ينافي غرض الشارع، بدليل أن صدر النص ذاته يوجب علىٰ الورثة إذا أرادوا الطعن في تاريخ الورقة أن يثبتوا أن التصرف قد صدر من مورثهم، وهو في مرض الموت، حيث يتضح من هذا أن هناك تعارضًا واضحًا بين صدور النص والعبارة الأخيرة التي حذفت.

وحذفت العبارة الأخيرة من الفقرة الثالثة؛ لأن حكمها مسلم به.

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (942) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (1109) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (1128) من التقنين الأردني التي تتفق مع المادة (916) من التقنين المصري الحالي.

ويتفق حكم الفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة مع الأحكام الشرعية في تصرفات

المريض مرض الموت، انظر فيما يتعلق بأحكام بيع المريض مرض الموت المواد (393 – 395) من المجلة. وانظر المواد (1595 – 1605) من المجلة.

أما أحكام بقية هذه المادة فتيسر الإثبات للورثة في هذا الصدد، حيث يكون لهم بمقتضىٰ الفقرة الثانية أن يثبتوا بجميع الطرق صدور التصرف من مورثهم وهو في مرض الموت، فإذا نجحوا في ذلك، قامت بمقتضىٰ الفقرة الثالثة قرينة علىٰ أن التصرف صدر علىٰ سبيل التبرع، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك، وبفضل هذه القرينة تتوفر الحماية للورثة من الوصية المستترة.

مادة (996): إذا تصرف شخص لأحد ورثته، واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التي تصرف فيها وبحقه في الانتفاع بها مدىٰ حياته – اعتبر التصرف مضافًا إلىٰ ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية، ما لم يقم دليل يخالف ذلك.

هذه المادة تطابق المادة (917) من التقنين الحالي.

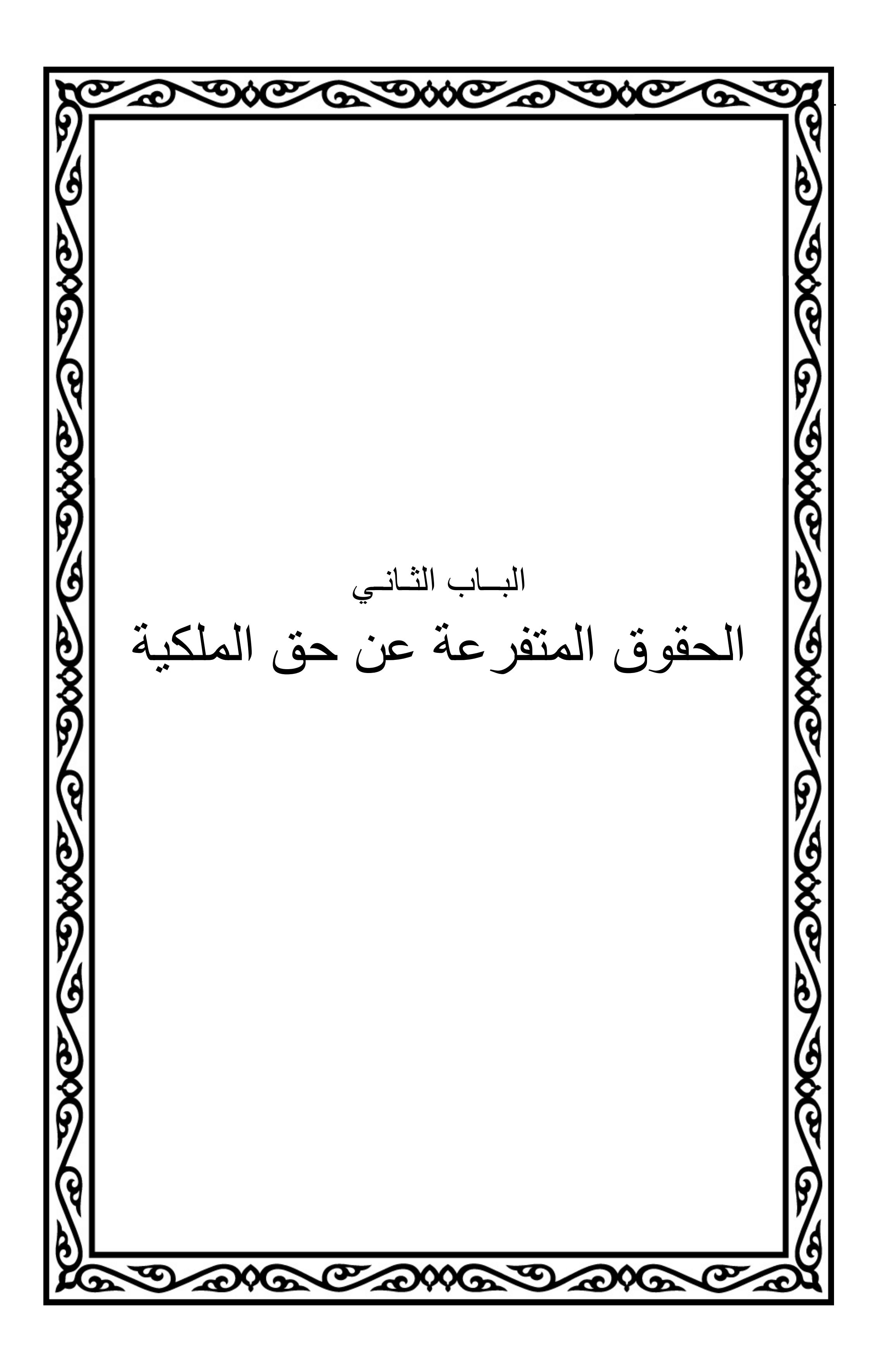
وتطابق المادة (1129) من التقنين الأردني.

وتطابق المادة (943) من التقنين الكويتي.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1351) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 301).

والسند الشرعي للمادة المقترحة أن حكمها يراد منه حماية الورثة الآخرين من الوصية المستترة.





البــاب الثـانــي

الـحقوق المتفرعة عن حق الملكيـة

نظـرة عامـة:

الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن حق الملكية في التقنين المدني الحالي هي حق الانتفاع، وحق الاستعمال، وحق السكنىٰ، وحق الارتفاق، وحق الحكر.

وأهمية حق الانتفاع في القانون المصري ضئيلة إلىٰ حد كبير، حيث يندر في الحياة العملية أن يرتب شخص علىٰ ماله حق انتفاع لآخر، فهو ينتهي حتمًا بوفاة المنتفع حتىٰ قبل انقضاء الأجل المعين له، ومن ثم يصعب تقدير قيمته عند إنشائه أو التصرف فيه، ويحد من حركة تداول المال لصعوبة التصرف في ملكية الرقبة، وفي حق الانتفاع كل علىٰ حدة، والصورة الغالبة في العمل أن تكون هناك وصية مستترة في صورة تصرف منجز، كبيع أو هبة، يصدر لوارث مع احتفاظ البائع أو الواهب بحق الانتفاع طول حياته، وذلك بقصد التحايل علىٰ أحكام الوصية، ولهذا أقام الشارع في التقنين الحالي قرينة قانونية في هذا الشأن، بمقتضاها يعتبر مثل هذا التصرف تصرفًا مضافًا إلىٰ ما بعد الموت، وتجري عليه أحكام الوصية (م 917 مدني)، كما نص المشروع علىٰ هذه القرينة م (996).

من أجل ذلك لم يسهب التقنين الحالي في تفصيل أحكام حق الانتفاع، واقتصر علىٰ إيراد قواعده الجوهرية، وجاراه المشروع في ذلك.

وحق الاستعمال وحق السكنىٰ نوعان خاصان من حق الانتفاع، فهما صورتان للانتفاع علىٰ نطاق محدود، ولذلك يخضعان لأحكامه فيما لا يتعارض مع طبيعتهما وما ورد في شأنهما من أحكام.

أما الارتفاق فقد نظمه التقنين الحالي تنظيمًا يتفق مع أهميته، وأدخل مرونة كبيرة في استعماله وفي إنهائه، ولذلك لم يعدل المشروع في قواعده إلا بالقدر الضروري.

ويتفق المشروع مع التقنين الحالي في استبعاد القيود القانونية الواردة علىٰ حق الملكية من نطاق حق الارتفاق، وهي تسمىٰ في كثير من الأحيان بحقوق الارتفاق القانونية، ذلك أنه إذا فرض الشارع قيودًا تحد من سلطات المالك، كان معنىٰ ذلك أنه يرسم الحدود التي يجب علىٰ المالك أن يراعيها في مزاولته لحقه، فهي من هذا قيود أو حدود عامة، بمعنىٰ أنها تصدق علىٰ كل ملكية توجد في ظروف معينة، وبذلك يكون من

شأن تلك القيود أن تحدد الوضع العادي لحق الملكية في هذه الظروف، وعلىٰ هذا النحو تتميز هذه القيود عن حقوق الارتفاق: فالارتفاق حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار يملكه شخص آخر، وهناك قيود يصدق عليها هذا التعريف، كما هي الحال بالنسبة إلىٰ القيود الخاصة بالمياه، والقيد الخاص بحق المرور لمالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام، والقيد الخاص بالمسافة التي تجب مراعاتها بين المطلات وملك الجار، فهذه القيود تتفق مع حقوق الارتفاق في أن كلًّا من الفريقين يتضمن الحد من منفعة عقار لفائدة عقار آخر، إلا أنه يبقىٰ بعد ذلك فارق جوهري؛ إذ القيود القانونية بحكم كونها مقررة من جانب الشارع، تعتبر حدودًا عامة لكل ملكية توجد في ظروف معينة، بينما يمثل حق الارتفاق فكرة الخروج علىٰ هذا الوضع العادي، فهو عبء استثنائي يتقرر بفعل الإنسان، ولا يتناول إلىٰ ملكية معينة.

ولعل أهم ما استحدثه المشروع في تنظيم حق الانتفاع وحق الارتفاق ما قضىٰ به من عدم سماع الدعوىٰ بأي منهما، إذا لم يستعمل مدة خمس سنوات، فلم يجعل هذه المدة خمس عشرة سنة كما هي في التقنين الحالي، وذلك نظرًا إلىٰ أن هذين الحقين متفرعين عن الملكية، ومن شأنهما أن يثقلا الملكية بعبء يحسن التخلص منه في مدة معقولة، ما دام أن صاحب الحق لم يستعمله هذه المدة، وأن من المرغوب فيه من الناحية الاقتصادية أن تجتمع للمالك سلطاته الكاملة علىٰ الشيء.

وأما حق الحكر فقد حظر التقنين الحالي ترتيبه علىٰ أرض غير موقوفة، لكنه استبقىٰ الأحكار القائمة قبل صدوره علىٰ أرض غير موقوفة وأخضعها لأحكامه، وما لبث النطاق الذي حدده التقنين لحق الحكر أن ازداد ضيقًا، حيث صدر المرسوم بقانون رقم (180) لسنة 1952 الذي ألغىٰ نظام الوقف علىٰ غير الخيرات، وهو الوقف الأهلي، وترتب علىٰ ذلك انتهاء كل حكر يكون مقررًا علىٰ أرض انتهىٰ وقفها، ثم صدر القانون رقم (92) لسنة 1960 (الذي حل محل القانونين رقم (649) لسنة 1953، ورقم (295) لسنة 1954)، وقد أجاز لوزير الأوقاف بقرار منه إنهاء حق الحكر المرتب علىٰ الأعيان الموقوفة وقفًا خيريًّا إذا اقتضت المصلحة ذلك، وأوجب أن يتم إنهاء جميع الأحكار خلال مدة لا تزيد علىٰ خمس سنوات من تاريخ العمل به، وبذلك انحصر تطبيق أحكام

الحكر الواردة في التقنين المدني الحالي علىٰ الأحكار القائمة فعلًا قبل العمل به، وهذه قلة ضئيلة؛ إذ إن الأحكار القائمة علىٰ الأراضي الموقوفة قد انتهت فعلًا بقرار من وزير الأوقاف وفقًا للقانون رقم (12) لسنة 1960، أما الأحكار القائمة علىٰ الأراضي الغير الموقوفة فقد بقيت دون علاج، فهذه تبقىٰ سارية لمدتها ولو زادت علىٰ ستين سنة، بل ولو كانت مؤبدة، ومن ثم كان لا بد من نص خاص يعالجها.

ولهذا عني المشروع بمواجهة الوضع بأكمله، فحظر ترتيب حق حكر، سواء علىٰ أرض موقوفة أو علىٰ أرض غير موقوفة، وعالج الأحكار القائمة علىٰ أرض غير موقوفة وقت العمل به، حيث قضىٰ بأن تبقىٰ إلىٰ حين حلول أجلها إذا عين لها أجل، أو انقضاء ستين سنة علىٰ إنشائها إذا لم يعين لها أجل، وأخضعها لأحكام التقنين الحالي المنظمة للحكر (م 1016 من المشروع).

ومن ثم فقد أغفل المشروع تنظيم حق الحكر، حيث لم يعد يعتبره من الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية، وذلك نظرًا إلىٰ أنه لا تستوجبه حاجة لدىٰ مجتمعنا اليوم، وهو قيد خطير علىٰ حق الملكية، مما يؤدي إلىٰ صعوبة التصرف في الأرض المثقلة به، ويعرقل التداول.



الفصل الأول
حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى

الفرع الأول
حق الانتفاع

مادة (997): الانتفاع حق عيني يخول المنتفع سلطة استعمال واستغلال شيء غير قابل للاستهلاك أو حق للغير، وينتهي حتمًا بموت المنتفع.

هذه المادة مستحدثة.

وهي تتضمن تعريفًا لحق الانتفاع يشتمل علىٰ الخصائص المميزة له، فهو حق عيني، وبهذا يتميز عن حق المستأجر، ويخول المنتفع سلطة الاستعمال وسلة الاستغلال، وبهذا يتميز عن حق الملكية، ويرد بحسب الأصل علىٰ شيء غير القابل للاستهلاك أو حق للغير، فإذا ورد علىٰ شيء قابل للاستهلاك كان شبه حق انتفاع، وينتهي حتمًا بموت المنتفع، إذا لم ينته قبل ذلك بحلول الأجل، وبهذا يتميز عن حق المستأجر.

وفي الفقه الإسلامي عرفت المادة (13) من مرشد الحيران حق الانتفاع بما يأتي: «الانتفاع الجائز هو حق المنتفع في استعمال العين واستغلالها ما دامت قائمة علىٰ حالها، وإن لم تكن رقبتها مملوكة». ونصت المادة (14) علىٰ ما يأتي: «يصح تملك منافع الأعيان دون رقبتها، سواء كانت عقارًا أو منقولًا». ونصت المادة (15) علىٰ ما يأتي: «قد تملك المنفعة بعوض وبغير عوض».

1- إنشاء حق الانتفاع:

مادة (998): يكسب حق الانتفاع بالتصرف القانوني أو بالشفعة أو بمقتضىٰ الحيازة عند عدم سماع الدعوىٰ.

هذه المادة تقابل المادة (985) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- حق الانتفاع يكسب بعمل قانوني أو بالشفعة أو بالتقادم.

2- ويجوز أن يوصي بحق الانتفاع لأشخاص متعاقبين، إذا كانوا موجودين علىٰ قيد الحياة وقت الوصية، كما يجوز للحمل المستكن».

وقد عدلت الفقرة الأولىٰ من هذه المادة، حيث استبدلت عبارة: «بالتصرف القانوني» بعبارة: «بعمل قانوني»؛ لأن المقصود هو التصرف، واستبدلت عبارة: «بمقتضىٰ الحيازة عند عدم سماع الدعوىٰ» بكلمة: «بالتقادم»؛ حتىٰ تشمل العبارة حالات عدم سماع الدعوىٰ بشروطها المطلوبة؛ إذ إن مجرد الحوز لا يكفي.

وحذفت الفقرة الثانية، لكي تترك الوصية بحق الانتفاع لأحكام الشريعة الإسلامية التي ينص عليها قانون الوصية رقم (71) لسنة 1946، وهي تخالف ما تقضي به الفقرة المحذوفة (انظر المواد 26 - 36 من قانون الوصية)، ويلاحظ أنه حتىٰ في ظل التقنين الحالي، فإن أحكام قانون الوصية هي التي تسري؛ لأن القواعد الواردة في قانون خاص، كما هو الشأن بالنسبة إلىٰ قانون الوصية، لا تلغيها القواعد الواردة في تقنين عام.

والمادة المقترحة تقابل المادة (1250) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (1206) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (944) من التقنين الكويتي.

مادة (999): يجوز تقرير الانتفاع لشخص اعتباري، بشرط ألا تزيد مدته علىٰ ثلاثين سنة.

هذه المادة مستحدثة.

فيجوز تقرير حق انتفاع المصلحة لشخص اعتباري، وقد ورد في هذا الشأن نص في التقنين المدني الفرنسي، إذ تقضي المادة (619) من هذا التقنين بأن المدة لا يجوز أن تزيد في هذه الحالة علىٰ ثلاثين سنة، وورد في كل من التقنين المدني السوري (م 936)، وقانون الملكية العقارية اللبناني (م 32): أنه لا يجوز إنشاء حق الانتفاع لصالح أشخاص اعتباريين، ويرجع ذلك إلىٰ أنه إذا لم يحدد العقد مدة لحق الانتفاع الذي يترتب لمصلحة الشخص الاعتباري - فإنه يظل قائمًا طوال مدة بقاء هذا الشخص، وقد يظل باقيًا إلىٰ الأبد، وهذا هو الحكم في ظل التقنين الحالي.

من أجل ذلك رئي أن تقيد مدة حق الانتفاع الذي يتقرر لمصلحة الشخص الاعتباري، بحيث لا تزيد علىٰ ثلاثين سنة، وهي المدة المقررة كحد أقصىٰ في الإيجار (م 557 من المشروع).

والسند الشرعي للمادة المقترحة أن تقييد مدة الانتفاع بما لا يجاوز ثلاثين سنة مما يملكه ولي الأمر تحقيقًا لمصلحة شرعية معتبرة، هي المحافظة علىٰ حقوق كل من المالك والمنتفع.

ويؤيد الفقه الإسلامي هذا التقييد في الإيجار، حيث يرىٰ الشافعي أن المالك ليس له أن يؤجر إلا لمدة معقولة حددها بعض أصحابه بسنة، وحددها البعض الآخر بثلاثين سنة، والحجة في ذلك أن ما زاد علىٰ هذه المدة لا تدعو إليه الحاجة، لا سيما وأن الأسعار تتغير من زمن إلىٰ زمن (راجع المغني لابن قدامة، ج 5/ ص 324).

2 – آثار حق الانتفاع:

مادة (1000): يراعىٰ في حقوق المنتفع والتزاماته السند الذي أنشأ حق الانتفاع، وكذلك الأحكام المقررة في المواد الآتية.

هذه المادة تطابق المادة (986) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (1251) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (1207) من التقنين الأردني.

وتطابق المادة (945) من التقنين الكويتي.

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (19) من مرشد الحيران علىٰ ما يأتي: «يجب أن تراعىٰ شروط عقد المتبرع المترتب عليه حق الانتفاع بالنظر لحقوق المنتفع، ولما يجب عليه من الواجبات».

مادة (1001):

1 – تكون ثمار الشيء المنتفع به من حق المنتفع علىٰ قدر مدة انتفاعه.

2 – وإذا كانت الأرض المنتفع بها مشغولة بزرع قائم وقت بداية حق الانتفاع – تركت الأرض للمالك إلىٰ حين إدراك الزرع، علىٰ أن يؤدي للمنتفع أجرة الأرض عن هذه

الفترة من الزمن، وإذا كانت الأرض مشغولة بالزرع عند نهاية هذا الحق، تركت الأرض للمنتفع أو لورثته إلىٰ حين إدراك الزرع، علىٰ أن يؤدوا للمالك أجرة الأرض عن هذه الفترة من الزمن.

هذه المادة تقابل المادتين (987 و993/ 2) من التقنين الحالي، والمادة (1241) من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي.

فالمادة (987) من التقنين الحالي تنص علىٰ ما يأتي: «تكون ثمار الشيء المنتفع به من حق المنتفع بنسبة مدة انتفاعه، مع مراعاة أحكام الفقرة الثانية من المادة 993».

والمادة (993) فقرة ثانية من هذا التقنين تنص علىٰ ما يأتي: «وإذا كانت الأرض المنتفع بها مشغولة عند انقضاء الأجل أو موت المنتفع بزرع قائم – تركت الأرض للمنتفع أو لورثته إلىٰ حين إدراك الزرع، علىٰ أن يدفعوا أجرة الأرض عن هذه الفترة من الزمن».

والمادة (1241) من المشروع التمهيدي لهذا التقنين – وهي المقابلة للمادة (987) المذكورة – تنص علىٰ ما يأتي: «تكون ثمار الشيء المنتفع به من حق المنتفع علىٰ قدر مدة انتفاعه، كما أن للمنتفع الحق في الثمار الطبيعية القائمة عند بدء الانتفاع دون إخلال بالحقوق التي كسبها الغير، أما الثمار التي تكون قائمة وقت انتهاء الانتفاع فهي من حق المالك، علىٰ أن يوفي كل منهما الآخر ما أنفقه».

وقد أفردت الفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة لتقرير القاعدة في هذا الشأن، وهي أن تكون للمنتفع ثمار الشيء المنتفع به علىٰ قدر مدة انتفاعه.

وجعلت الفقرة الثانية لحالة ما إذا كانت الأرض المنتفع بها مشغولة بالزرع وقت بداية حق الانتفاع، أو عند نهاية هذا الحق، حيث تترك الأرض إلىٰ حين إدراك الزرع للمالك في الصورة الأولىٰ، وللمنتفع أو لورثته في الصورة الثانية، علىٰ أن يؤدي كل من الطرفين للآخر أجرة الأرض عن هذه الفترة من الزمن.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادتين (1241 و1248/ 2) من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 536 و537 و550).

والمادة المقترحة تقابل المادة (1252) من التقنين العراقي.

وتقابل المادتين (1208 و1216) من التقنين الأردني.

وتقابل المادتين (946 و952/ 2) من التقنين الكويتي.

وتتفق أحكام المادة المقترحة مع أحكام الفقه الإسلامي، فقد نصت المادة (13) من مرشد الحيران علىٰ ما يأتي: «الانتفاع الجائز هو حق المنتفع في استعمال العين واستغلالها، ما دامت قائمة علىٰ حالها، وإن لم تكن رقبتها مملوكة». ونصت المادة (36) علىٰ ما يأتي: «إذا انقضت المدة المعينة للانتفاع، أو مات المنتفع في أثنائها، وكانت الأرض مشغولة بزرعه والزرع بقل لم يدرك - يترك الزرع له في الصورة الأولىٰ، ولورثته في الصورة الثانية إلىٰ حين إدراكه وحصاده بأجر المثل...».

مادة (1002):

1- للمنتفع أن يتصرف في حقه، ما لم يتفق علىٰ خلاف ذلك.

2- وفي حالة النزول عن حق الانتفاع يبقىٰ المنتفع ملتزمًا نحو المالك بما ترتب في ذمته من التزامات نحوه، ما لم يقبل المالك التصرف.

3- وينتهي حق الانتفاع في جميع الأحوال بموت المنتفع الأصلي.

هذه المادة مستحدثة.

فيجوز للمنتفع أن ينزل عن حق انتفاعه للغير، معاوضة أو تبرعًا، كأن يبيعه أو يقايض عليه أو يهبه، ولكن لا يجوز له أن يوصي به؛ لأن الوصية تمليك مضاف إلىٰ ما بعد الموت، وحق الانتفاع ينتهي حتمًا بموت المنتفع.

وإذا نزل المنتفع عن حق الانتفاع، فإنه يبقىٰ ملتزمًا نحو مالك الرقبة بما ترتب في ذمته من التزامات نحوه، فلا تنتقل هذه الالتزامات إلىٰ ذمة من صدر له النزول، ويكون لهذا الأخير ذات الحقوق التي للمنتفع، إلىٰ أن ينتهي حق الانتفاع بانقضاء مدته أو بموت المنتفع، لا بموت من صدر له النزول، فإذا مات هذا الأخير، وكانت مدة حق الانتفاع لم تنقض - فإن حق الانتفاع ينتقل إلىٰ ورثته، وهذا هو الغرض الذي ينتقل فيه حق الانتفاع بالميراث.

غير أنه إذا قبل المالك نزول المنتفع عن حق الانتفاع للغير، فإن الالتزامات التي ترتبت

في ذمة المنتفع الأصلي تنتقل إلىٰ ذمة من صدر له النزول، فيصبح هذا الأخير ملتزمًا نحو المالك بهذه الالتزامات، ويبرأ المنتفع الأصلي طوال المدة التي انتقل فيها حق الانتقال للغير.

ويجوز للمنتفع أيضًا أن يرهن حق الانتفاع، ويجوز أن يترتب علىٰ حق الانتفاع امتياز بائع العقار، أو امتياز بائع المنقول.

وإذا مات المنتفع الأصلي، فإن حق الانتفاع ينقضي، سواء بالنسبة إليه، أو بالنسبة إلىٰ من صدر له النزول.

وأحكام المادة المقترحة لا تتعارض مع أحكام الفقه الإسلامي في هذا الشأن.

مادة (1003):

1- علىٰ المنتفع أن يستعمل الشيء بحالته التي تسلمه بها وبحسب ما أعد له، وأن يديره إدارة حسنة.

2- وللمالك أن يعترض علىٰ أي استعمال غير مشروع أو غير متفق مع طبيعة الشيء، فإذا أثبت أن حقوقه في خطر، جاز له أن يطالب بتقديم تأمينات، فإن لم يقدمها المنتفع، وظل علىٰ الرغم من اعتراض المالك يستعمل العين استعمالًا غير مشروع أو غير متفق مع طبيعتها - فللقاضي أن ينزع العين من تحت يده، وأن يسلمها إلىٰ آخر يتولىٰ إدارتها، بل له - تبعًا لخطورة الحال - أن يحكم بانتهاء حق الانتفاع، دون إخلال بحقوق الغير.

هذه المادة تطابق المادة (988) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (947) من التقنين الكويتي.

والفقرة الأولىٰ منها تقابل الفقرة الأولىٰ من المادة (1254) من التقنين العراقي، والفقرة الثانية منها تطابق الفقرة الثانية من هذه المادة الأخيرة.

وتقابل المادة (1209) من التقنين الأردني.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1243) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 539).

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (29) من مرشد الحيران علىٰ ما يأتي: «لمالك المنفعة دون العين بعقد تبرع أو إجارة أن يتصرف في العين المنتفع بها التصرف المعتاد، إذا كان عقد المنفعة مطلقًا غير مقيد بقيد. فإن كان مقيدًا بقيد، فله أن يستوفيه بعينه أو يستوفي مثله أو ما دونه، وليس له أن يتجاوزه إلىٰ ما فوقه». ويلاحظ أن المقصود بالتصرف في هذا النص هو استعمال العين المنتفع بها واستغلالها (انظر المادة (13) من مرشد الحيران، وقد تقدم ذكرها).

مادة (1004):

1- يلتزم المنتفع أثناء انتفاعه بكل ما يفرض علىٰ العين المنتفع بها من التكاليف المعتادة، وبكل النفقات التي تقتضيها أعمال الصيانة.

2- أما التكاليف غير المعتادة والإصلاحات الجسيمة التي لم تنشأ من خطأ المنتفع، فإنها تكون علىٰ المالك بلا جبر عليه، فإذا قام بها المنتفع، كان له أن يسترد ما أنفقه عند انتهاء حق الانتفاع.

هذه المادة تقابل المادة (989) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- المنتفع ملزم أثناء انتفاعه بكل ما يفرض علىٰ العين المنتفع بها من التكاليف المعتادة، وبكل النفقات التي تقتضيها أعمال الصيانة.

2- أما التكاليف غير المعتادة والإصلاحات الجسيمة التي لم تنشأ عن خطأ المنتفع، فإنها تكون علىٰ المالك، ويلتزم المنتفع بأن يؤدي للمالك فوائد ما أنفقه في ذلك، فإن كان المنتفع هو الذي قام بالإنفاق، كان له استرداد رأس المال عند انتهاء حق الانتفاع».

وقد أدخل تعديل لفظي علىٰ الفقرة الأولىٰ من هذه المادة.

وأضيف إلىٰ الفقرة الثانية في الشطر الأول منها ما يفيد بأن التكاليف غير المعتادة والإصلاحات الجسيمة التي لم تنشأ من خطأ المنتفع - تكون علىٰ المالك إن قام بها، فإن لم يقم بها فلا يجبر علىٰ القيام بها، وذلك لتوضيح الحكم. وحذفت العبارة التي تفيد التزام المنتفع بأن يؤدي للمالك فوائد ما أنفقه إذا قام بهذه التكاليف والإصلاحات، وذلك جريًا علىٰ خطة المشروع في تحريم الربا، وفي نهاية الفقرة استبدلت عبارة: «كان

له أن يسترد ما أنفقه» بعبارة: «كان له استرداد رأس المال».

انظر وقارن المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م1244) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 541).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (1210) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (948) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (1255) من التقنين العراقي التي تتفق مع المادة (989) من التقنين المصري الحالي.

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (31) من مرشد الحيران علىٰ ما يأتي: «المصاريف اللازمة لمئونة العين المنتفع بها وحفظها تلزم صاحب المنفعة».

مادة (1005):

1- علىٰ المنتفع أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله الشخص العادي.

2- وهو مسئول عن هلاك الشيء - ولو بسبب أجنبي - إذا كان قد تأخر عن رده إلىٰ صاحبه بعد انتهاء حق الانتفاع، وإن لم يطلبه المالك.

هذه المادة تقابل المادة (990) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- علىٰ المنتفع أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله الرجل المعتاد.

2- وهو مسئول عن هلاك الشيء - ولو بسبب أجنبي - إذا كان قد تأخر عن رده إلىٰ صاحبه بعد انتهاء حق الانتفاع».

وقد أدخل علىٰ الفقرة الأولىٰ من هذه المادة تعديل لفظي، حيث استبدلت عبارة: «الشخص العادي» بعبارة: «الرجل المعتاد»، وأضيفت إلىٰ الفقرة الثانية في نهايتها عبارة: «وإن لم يطلبه المالك»، فإذا هلك الشيء المنتفع به بعد انتهاء حق الانتفاع - كان المنتفع مسئولًا عن هذا الهلاك بقدر قيمة الشيء، وذلك حتىٰ لو كان المالك لم يعذره بالرد، وهذا استثناء بنص القانون من القاعدة العامة التي تقضي بأن التعويض لا يستحق إلا بعد إعذار المدين (انظر المادة 230 من المشروع)، وقد روعي في هذه الإضافة توضيح الحكم، علىٰ نسق ما ينص عليه الفقه الإسلامي، (م 34 من مرشد

الحيران).

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1245) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 543).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (1254/ 1) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادتين (1211/ 1 و1212) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (949) من التقنين الكويتي.

وأحكامها تتفق مع أحكام الفقه الإسلامي في هذا الشأن، فقد نصت المادة (28) من مرشد الحيران علىٰ ما يأتي: «يجب علىٰ صاحب المنفعة أن يعتني بحفظ العين المنتفع بها؛ صيانة لها».

ونصت المادة (34) علىٰ ما يأتي: «إذا كانت المنفعة مقيدة بمدة معلومة، وأمسك المنتفع العين بعد انقضاء تلك المدة ولم يردها لمالكها مع إمكان الرد، فهلكت - فعليه ضمان قيمتها، ولو لم يستعملها بعد انقضاء المدة، وإن لم يطلبها المالك».

مادة (1006): إذا هلك الشيء أو تلف، أو احتاج إلىٰ إصلاحات جسيمة مما يجب علىٰ المالك أن يتحمل نفقاته، أو إلىٰ اتخاذ إجراء يقيه من خطر لم يكن منظورًا - فعلىٰ المنتفع أن يبادر بإخطار المالك، وعليه إخطاره أيضًا إذا ادعىٰ أجنبي حقًّا علىٰ الشيء ذاته.

هذه المادة تطابق المادة (991) من التقنين الحالي، مع تعديل لفظي في العبارة الأخيرة منها، حيث استبدلت عبارة: «إذا ادعىٰ أجنبي حقًّا علىٰ الشيء ذاته» بعبارة: «إذا استمسك أجنبي بحق يدعيه علىٰ الشيء نفسه».

وتتفق مع المادة (1213) من التقنين الأردني.

وتتفق مع المادة (950) من التقنين الكويتي.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1246) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 545).

ويتسق حكم المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الإسلامي في هذا الشأن؛ فقد نصت

المادة (28) من مرشد الحيران علىٰ أنه: «يجب علىٰ صاحب المنفعة أن يعتني بحفظ العين المنتفع بها؛ صيانة لها»؛ إذ إن إخطار المالك بكل ما تتعرض له العين من أخطار مما يلزم المالك أن يتوقاه بنفسه تقتضيه أعمال الحفظ التي يجب علىٰ المنتفع القيام بها. كذلك نصت المادة (33) من مرشد الحيران علىٰ أنه: «إذا تلفت العين المنتفع بها، أو هلكت بدون تعدي المنتفع أو تقصيره في المحافظة عليها – فلا ضمان عليه». ويؤخذ من هذا النص بمفهوم المخالفة أن تقصير المنتفع في المحافظة علىٰ العين حتىٰ هلكت أو تلفت – يوجب عليه الضمان، ويعتبر عدم إخطار المالك بما تتعرض له العين من أخطار من قبيل هذا التقصير.

مادة (1007): 1- إذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولًا، وجب جرده ولزم المنتفع تقديم تأمين كاف، فإن لم يقدم المنتفع التأمين، جاز للمالك أن يطلب بيع المال وتوظيف ثمنه بالطريقة التي تقرها المحكمة. 2- وللمنتفع الذي قدم التأمين أن يستعمل الأشياء القابلة للاستهلاك، وعليه أن يرد مثلها أو قيمتها عند انتهاء حقه في الانتفاع، وله نتاج المواشي بعد أن يعوض منها ما نفق من الأصل بسبب لا يد له فيه.

هذه المادة تقابل المادة (992) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- إذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولًا، وجب جرده ولزم المنتفع تقديم كفالة به، فإن لم يقدمها، بيع المال المذكور، ووظف ثمنه في شراء سندات عامة يستولي المنتفع علىٰ أرباحها.

2- وللمنتفع الذي قدم الكفالة أن يستعمل الأشياء القابلة للاستهلاك، وإنما عليه أن يرد بدلها عند انتهاء حقه في الانتفاع، وله نتاج المواشي بعد أن يعوض منها ما نفق من الأصل بحادث مفاجئ».

وقد عدل هذا النص على النحو التالي:

ففي الفقرة الأولىٰ منه استبدلت عبارة: «تأمين كاف» بعبارة: «كفالة به»، وذلك

لتوفير المرونة، بحيث يصح تقديم أي تأمين كاف سواء كان كفالة أو رهنًا، وعدلت العبارة الأخيرة من هذه الفقرة، بحيث يجوز للمالك إذا لم يقدم المنتفع التأمين - أن يطلب بيع المال وتوظيف ثمنه بالطريقة التي تقرها المحكمة، وقد روعي في ذلك إعطاء سلطة للمحكمة في تحديد الطريقة التي يوظف بها ثمن المال بحسب ما تراه، والمهم أن يكون استثمار الثمن بطريقة شرعية ليس فيها ربا أو شبهة الربا.

وفي الفقرة الثانية استبدلت كلمة: «التأمين» بكلمة: «الكفالة»، وأدخل تعديل لفظي، واستبدلت عبارة: «مثلها أو قيمتها» بكلمة: «بدلها»؛ لتوفير المرونة، واستبدلت عبارة: «بسبب لا يد له فيه» في النهاية بعبارة: «بحادث مفاجئ»؛ لأن العبارة المختارة أدق في الدلالة علىٰ المقصود.

والمادة المقترحة تقابل المادة (1214) من التقنين الأردني.

والفقرة الأولىٰ منها تقابل المادة (1256) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (951) من التقنين الكويتي.

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (22) من مرشد الحيران علىٰ ما يأتي: «للمنتفع أن يستهلك ما استعاره من المنقولات التي لا يمكن الانتفاع بها إلا باستهلاك عينها، كالنقدين والمكيلات والموزونات ونحوها، وعليه رد مثلها أو قيمتها بعد الانتفاع، ويكون عليه ضمانها إذا هلكت قبل الانتفاع بها ولو بغير تعدية لكونها قرضًا».

ونصت المادة (33) علىٰ ما يأتي: «إذا مات المنتفع بالمنقولات المتقدم ذكرها قبل أن يردها لصاحبها - فعليه ضمان مثلها أو قيمتها في تركته».

3- انتهاء حق الانتفاع:

مادة (1008): ينتهي حق الانتفاع بانقضاء الأجل المعين، فإن لم يعين له أجل، عد مقررًا لحياة المنتفع، وهو ينتهي علىٰ أي حال بموت المنتفع، حتىٰ قبل انقضاء الأجل المعين.

هذه المادة تطابق الفقرة الأولىٰ من المادة (993) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (1257) من التقنين العراقي.

وتطابق الفقرة الأولىٰ من المادة (952) من التقنين الكويتي.

وتتفق مع المادة (1215/ 1 و6) من التقنين الأردني.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1248/ 1) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 550).

ويتفق حكم المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الإسلامي، حيث ينتهي حق الانتفاع بانقضاء الأجل المعين، إذا عين له أجل، وهو ينتهي علىٰ أي حال بموت المنتفع، فقد استقر رأي الحقية علىٰ عدم توارث ملكية المنفعة، وإن كانوا يستثنون منها المرور والشرب (البدائع ج 7/ ص 353 و354)، وذلك علىٰ خلاف الشافعية والحنابلة؛ لأن المنافع تورث عندهم باعتبارها أموالًا. وقد نصت المادة (35) من مرشد الحيران علىٰ أن: «ينتهي حق الانتفاع بموت المنتفع، وبانقضاء المدة المعينة له إن كان له مدة، وبهلاك العين المنتفع بها».

مادة (1009):

1- ينتهي حق الانتفاع بهلاك الشيء، إلا أنه ينتقل من هذا الشيء إلىٰ ما قد يقوم مقامه من عوض.

2- وإذا لم يكن الهلاك راجعًا إلىٰ خطأ المالك، فلا يجبر علىٰ إعادة الشيء إلىٰ أصله، ولكنه إذا أعاده، رجع للمنتفع حق الانتفاع إذا لم يكن الهلاك بسببه، وفي هذه الحالة تطبق المادة (1004) الفقرة الثانية.

هذه المادة تطابق المادة (994) من التقنين الحالي.

وتتفق مع المادة (1258) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (1217) من التقنين الأردني.

والفقرة الأولىٰ منها تتفق مع المادة (953) من التقنين الكويتي.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1249) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 552).

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (39) من مرشد الحيران علىٰ أن حق الانتفاع

ينتهي بهلاك العين المنتفع بها.

مادة (1010): ينتهي حق الانتفاع إذا اجتمعت في شخص واحد صفتا المنتفع والمالك، غير أنه لا يعد منتهيًا إذا كان للمالك مصلحة في بقائه.

هذه المادة مستحدثة، وهي تطابق المادة (1250) من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي، وقد حذفت في لجنة المراجعة؛ لأن حكمها المستفاد من القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 552) في الهامش).

وبمقتضاها ينتهي حق الانتفاع باتحاد الذمة، وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمادة (1250) من المشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «ينتهي حق الانتفاع كذلك باتحاد الذمة، بأن يرث المالك المنتفع أو يرث المنتفع المالك، أو يشتري المالك حق الانتفاع أو يشتري المنتفع حق الرقبة»، (مجموعة الأعمال التحضيرية، ج 6/ ص 552 في الهامش) ويلاحظ علىٰ هذا القول أنه لا يتأتىٰ أن يرث المالك المنتفع؛ لأن حق الانتفاع ينتهي حتمًا بموت المنتفع، فلا يورث عنه هذا الحق.

وتقول المذكرة الإيضاحية للمادة (1250) من المشروع التمهيدي، في تفسير ما جاء في آخرها من أن حق الانتفاع لا يعد منتهيًا، إذا كان للمالك مصلحة في بقائه، ما يأتي: «ويلاحظ أن المالك إذا ملك حق الانتفاع بالعقد مثلًا، وكان حق الانتفاع مرهونًا، فإن الرهن يبقىٰ ولا يتعدىٰ إلىٰ الرقبة، أما إذا كانت الرقبة مرهونة فالأصل أن حق الانتفاع، إذا عاد إلىٰ صاحب الرقبة، أو ملك المنتفع الرقبة المرهونة، تعدىٰ الرهن إلىٰ حق الانتفاع، لأن الرقبة هي الأصل وحق الانتفاع تبع لها فيشمله الرهن، ولذلك احتاط المشروع، فنص علىٰ أن حق الانتفاع لا يعد منتهيًا إن كان للمالك مصلحة في بقائه، وتكون له هذه المصلحة إذا كانت الرقبة مرهونة، فيبقىٰ حق الانتفاع منفصلًا عن الرقبة؛ حتىٰ لا يتعدىٰ إليه الرهن» (مجموعة الأعمال التحضيرية، ج 6/ ص 552 في الهامش).

والمادة المقترحة تطابق المادة (1259) من التقنين العراقي، مع اشتمال هذه الأخيرة في نهايتها علىٰ عبارة: «كأن كانت الرقبة مرهونة».

وتتفق مع المادة (1215/ 5) من التقنين الأردني، مع اشتمال هذه الأخيرة في نهايتها علىٰ عبارة: «كأن كانت الرقبة مرهونة».

وحكم المادة المقترحة في السطر الأول منها يتفق مع القواعد العامة في الفقه الإسلامي.

مادة (1011): 1- لا تسمع الدعوىٰ بحق الانتفاع إذا لم يستعمل مدة خمس سنوات. 2- وإذا كان حق الانتفاع لعدة شركاء علىٰ الشيوع، فاستعمال أحدهم الحق يقطع مدة عدم سماع الدعوىٰ لمصلحة الباقين، كما أن وقف المدة لمصلحة أحد الشركاء يقفها لمصلحة الآخرين.

الفقرة الأولىٰ من هذه المادة تقابل المادة (995) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «ينتهي حق الانتفاع بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة».

وقد عدلت هذه المادة بالنص علىٰ عدم سماع الدعوىٰ بحق الانتفاع، بدلًا من النص علىٰ انتهاء حق الانتفاع، وذلك جريًا علىٰ خطة المشروع في الأخذ بمبدأ عدم سماع الدعوىٰ فيما يتعلق بالتقادم.

وأنقصت مدة عدم الاستعمال من خمس عشرة سنة إلىٰ خمس سنوات، وذلك نظرًا إلىٰ أن الحكم يتعلق بحق يحمل الملكية بعبء ثقيل ويعوق التداول، ومن المرغوب فيه من الناحية الاقتصادية لمصلحة تداول المال أن تتوفر للمالك سلطة كاملة علىٰ الشيء، وذلك بجمع ما تفرق من عناصر الملكية، ما دام أن المنتفع قعد عن استعمال حقه مدة خمس سنوات، فالتقادم هنا مسقط للحق بعدم الاستعمال، ومن ثم يختلف عن التقادم المكسب بعدم سماع الدعوىٰ علىٰ من يحوز الحق مدة خمس عشرة سنة.

ولا يختلف الحكم في الصياغة المقترحة في جوهره عن حكم التقنين الحالي إلا فيما يتعلق بالمدة، حيث لا يلزم أن ينكر المالك حق الانتفاع الذي يدعيه المدعي؛ لأن الأمر لا يتعلق بحيازة تقوم دليلًا علىٰ الحق المحاز، كما هو الشأن في التقادم المكسب، بل يكفي أن يتمسك المالك بعدم استعمال المنتفع لحقه مدة خمس سنوات، وحتىٰ لو أقر المالك بحق

المنتفع، فإن هذا لا يحول دون تمسكه بعدم سماع الدعوىٰ؛ لأن مجرد عدم الاستعمال يكفي لسقوط الحق.

أما الفقرة الثانية من المادة المقترحة فمستحدثة، وهي تتناول حالة ما إذا كان حق الانتفاع لعدة شركاء علىٰ الشيوع، وبمقتضاها فإن قطع مدة عدم سماع الدعوىٰ أو وقفها لمصلحة أحد الشركاء، يقطعها أو يقفها لمصلحة الباقين.

والمادة المقترحة تقابل المادة (1260) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (1219) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (954) من التقنين الكويتي.

وما تقضي به المادة المقترحة يتسق مع ما يراه فريق من الفقه الإسلامي من أن الحيازة تسقط الملك. وفي هذا يقول الحطاب: «وقال مالك فيمن له شيء، ترك غيره يتصرف فيه ويفعل فيه ما يفعل المالك الدهر الطويل، فإن ذلك مما يسقط الملك ويمنع الطالب من الطلب» (شرح الحطاب علىٰ مختصر خليل ج 6/ ص 229).

❃ ❃ ❃

الفرع الثاني
حق الاستعمال وحق السكنى

مادة (1012): يتحدد نطاق حق الاستعمال وحق السكنىٰ بمقدار ما يحتاج إليه صاحب الحق هو وأسرته لخاصة أنفسهم، وذلك مع مراعاة ما يقرره السند المنشئ للحق من أحكام.

هذه المادة تطابق المادة (996) من التقنين الحالي مع تعديل لفظي.

وتتفق مع المادتين (1261 و 1262) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادتين (1220 و 1221) من التقنين الأردني.

وتتفق مع المادة (955) من التقنين الكويتي.

انظر: المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1252) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 557 و 558).

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (16) من مرشد الحيران علىٰ ما يأتي: «يصح أن يكون تمليك المنفعة قاصرًا علىٰ الاستعمال، أو علىٰ السكنىٰ، أو شاملًا لهما معًا». ونصت المادة (24) علىٰ ما يأتي: «من استحق سكنىٰ دار موقوفة، فله أن يسكنها مدة حياته بأهله وحشمه وخدمه، وله أن يسكنها غيره بغير عوض ولو أجنبيًّا، وبعد موته ينتقل حق السكنىٰ إلىٰ ولده إن كان الواقف قد جعله له، وإلا فإلىٰ المصرف الذي جعلها الواقف له».

مادة (1013): لا يجوز النزول للغير عن حق الاستعمال، أو عن حق السكنىٰ، إلا بناءً علىٰ شرط صريح أو مبرر قوي.

هذه المادة تطابق المادة (997) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (1263) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (956) من التقنين الكويتي

وتتفق مع المادة (1223) من التقنين الأردني.

انظر: المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1253) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 557 و 558).

والسند الشرعي للمادة المقترحة هو الاعتبار الشخصي الملحوظ في تخويل حق الاستعمال أو حق السكنىٰ بمقتضىٰ عقد أو وصية، ولذلك فمن المسلم به في الفقه الإسلامي أنه إذا أوصىٰ لشخص بحق سكنىٰ منزل، فالفتوىٰ علىٰ أنه: «لا يملك المستحقون للسكنىٰ في الدار إيجارها، ولا أحدهم إسكان غيره في نصيبه بعوض، ولو ليأخذ هذا العوض ليدفعه أجرة لمحل يسكن فيه» (فتوىٰ شرعية في 29 أبريل سنة 1927 المحاماة 8/ ص 97/ رقم 54).

مادة (1014):
1- يلتزم صاحب حق السكنىٰ بإجراء ما تحتاج إليه الدار من إصلاح. وتكون المباني التي يقيمها ملكًا خالصًا له ينتقل إلىٰ ورثته.

2- فإذا امتنع صاحب الحق عن القيام بهذا الإصلاح، فللمحكمة أن تؤجر الدار لشخص آخر يقوم بالإصلاح؛ استنزالًا من الأجرة، ويرد الدار في نهاية الإيجار إلىٰ صاحب حق السكنىٰ.

هذه المادة مستحدثة.

وهي تطابق المادة (1254) من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي، مع تعديل لفظي.

وتطابق المادة (1264) من التقنين العراقي، مع اختلاف لفظي.

وتطابق المادة (1222) من التقنين الأردني، مع اختلاف لفظي.

انظر: المذكرة الإيضاحية للمادة (1254) من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 557).

وتتفق أحكام المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الإسلامي، فقد نصت المادة (27) من مرشد الحيران علىٰ ما يأتي: «إذا احتاجت الدار الموقوفة للسكنىٰ للعمارة، فعمارتها علىٰ من له حق السكنىٰ من ماله، ويكون ما يبنيه من ماله ملكًا له ولورثته من بعده، وإن امتنع عن تعميرها، فللقاضي أن يدفعها لغيره بطريق الإجارة ويعمرها بأجرتها، وبعد مضي المدة يردها لصاحب السكنىٰ».

مادة (1015): تسري أحكام حق الانتفاع علىٰ حق الاستعمال وحق السكنىٰ، فيما لا يتعارض مع الأحكام السابقة وطبيعة هذين الحقين.

هذه المادة تتفق مع المادة (998) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «فيما عدا الأحكام المتقدمة تسري الأحكام الخاصة بحق الانتفاع علىٰ حق الاستعمال وحق السكنىٰ، متىٰ كانت لا تتعارض مع طبيعة هذين الحقين».

وقد أدخل علىٰ هذه المادة تعديل لفظي علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة.

والمادة المقترحة تطابق المادة (1224) من التقنين الأردني.

وتتفق مع المادة (1265) من التقنين العراقي التي تطابق المادة (998) من التقنين المصري الحالي.

وتتفق مع المادة (957) من التقنين الكويتي التي تطابق المادة (998) من التقنين المصري الحالي.

والسند الشرعي للمادة المقترحة أن حق الاستعمال وحق السكنىٰ نوعان خاصان من حق الانتفاع.



الفصل الثاني
حق الحكر

مادة (1016):

1- لا يجوز - من وقت العمل بهذا القانون - ترتيب حق حكر علىٰ أرض موقوفة، أو علىٰ أرض غير موقوفة.

2- وتبقىٰ الأحكام القائمة علىٰ أرض غير موقوفة وقت العمل بهذا القانون إلىٰ حين حلول أجلها إذا عين لها أجل، أو انقضاء ستين سنة علىٰ إنشائها إذا لم يعين لها أجل. وتسري في شأنها أحكام القانون المدني الملغي المنظمة للحكر.

هذه المادة تقابل المادة (1012) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- من وقت العمل بهذا القانون لا يجوز ترتيب حق حكر علىٰ أرض غير موقوفة، وذلك مع عدم الإخلال بحكم المادة (1008) الفقرة الثالثة.

2- والأحكار القائمة علىٰ أرض غير موقوفة وقت العمل بهذا القانون - تسري في شأنها الأحكار المبينة في المواد السابقة».

ويتضح من هذه المادة أن التقنين الحالي حظر ترتيب حق حكر علىٰ أرض غير موقوفة، ولكنه استبقىٰ الأحكام القائمة قبل صدوره علىٰ أرض غير موقوفة، وأخضعها لأحكامه.

وقد أخذ النطاق الذي حدده التقنين الحالي لحق الحكر يزداد ضيقًا حيث صدر المرسوم بقانون رقم 180 لسنة 1952 الذي ألغىٰ نظام الوقف علىٰ غير الخيرات، وترتب علىٰ ذلك انتهاء كل حكر يكون مقررًا علىٰ أرض انتهىٰ وقفها، ثم صدر القانون رقم 92 لسنة 1960 (الذي حل محل القانونين رقم 649 لسنة 1953، ورقم 295 لسنة 1954)، وقد أجاز لوزير الأوقاف بقرار منه إنهاء حق الحكر المرتب علىٰ الأعيان الموقوفة وقفًا خيريًّا إذا اقتضت المصلحة ذلك، وأوجب أن يتم إنهاء جميع الأحكار خلال مدة لا تزيد علىٰ خمس سنوات من تاريخ العمل به، وبذلك انحصر تطبيق أحكام

الحكر الواردة في التقنين المدني الحالي علىٰ الأحكار القائمة فعلًا قبل العمل به، وهذه قلة ضئيلة؛ إذ إن الأحكار القائمة علىٰ الأراضي الموقوفة قد انتهت فعلًا بقرار من وزير الأوقاف وفقًا للقانون رقم 92 لسنة 1960، أما الأحكار القائمة علىٰ الأراضي غير الموقوفة فقد بقيت دون علاج، فهذه تبقىٰ سارية لمدتها ولو زادت علىٰ ستين سنة، بل ولو كانت مؤبدة، ومن ثم كان لا بد من نص خاص يعالجها. وهذا ما تكفلت به الفقرة الثانية من المادة المقترحة.

لهذا رئي في المادة المقترحة مواجهة هذا الوضع بأكمله.

فبمقتضىٰ الفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة، لا يجوز من وقت العمل بهذا القانون ترتيب حق حكر علىٰ أرض موقوفة أو علىٰ أرض غير موقوفة، وليس هذا إلا إقرارًا للواقع الحالي في ضوء التشريعات الخاصة التي تقدم ذكرها.

ولأن الأحكار التي قامت علىٰ أراضٍ موقوفة قد زالت بموجب التشريعات الخاصة المشار إليها، فلم يعد باقيًا سوىٰ الأحكار القائمة علىٰ أرض غير موقوفة قبل العمل بالتقنين المدني الحالي. وهذه الأحكار هي التي تناولتها الفقرة الثانية من المادة المقترحة، فبمقتضاها تبقىٰ هذه الأحكار إما إلىٰ حين حلول أجلها إذا عين لها أجل، وإما بانقضاء ستين سنة علىٰ إنشائها إذا لم يعين لها أجل، وتسري في شأنها أحكام التقنين الحالي المنظمة للحكر، وعلىٰ هذا النحو يكون مصير هذه الأحكار إلىٰ زوال قريب.

ومن ثم فلم يعد الحكر أحد الحقوق العينية المتفرعة من حق الملكية في القانون المصري، فهو اليوم لا يستجيب لحاجة لدىٰ مجتمعنا الحديث، وهو قيد خطير علىٰ حق الملكية، مما يؤدي إلىٰ صعوبة التصرف في الأراضي المثقلة به، ويعرقل تداولها.



الفصل الثالث
حق الارتفاق

مادة (1017): الارتفاق حق عيني يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر.

هذه المادة تطابق الشطر الأول من المادة (1015) من التقنين الحالي، مع إضافة كلمة: «عيني» بعد كلمة: «حق».

وتطابق المادة (1271) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (1271) من التقنين الأردني.

وتتفق مع المادة (958) من التقنين الكويتي.

والتعريف الوارد فيها لحق الارتفاق يتفق مع تعريف الفقه الإسلامي، فقد نصت المادة (37) من مرشد الحيران علىٰ ما يأتي: «الارتفاق هو حق مقرر علىٰ عقار لمنفعة عقار لشخص آخر».

1- إنشاء حق الارتفاق:

مادة (1018): يجوز أن يترتب حق الارتفاق علىٰ مال عام، إن كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له هذا المال.

هذه المادة تطابق الشطر الأخير من المادة (1015) من التقنين الحالي.

ولا يتعارض حكمها مع المبادئ المقررة في الفقه الإسلامي.

مادة (1019): يكسب حق الارتفاق بالتصرف القانوني أو بمقتضىٰ الحيازة عند عدم سماع الدعوىٰ.

هذه المادة تقابل المادة (1016) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- حق الارتفاق يكسب بعمل قانوني أو بالميراث.

2- ولا يكسب بالتقادم إلا الارتفاقات الظاهرة».

وقد عدلت هذه المادة، حيث استبدلت عبارة: «بالتصريف القانوني» الواردة في الفقرة الأولىٰ بعبارة: «بعمل قانوني»؛ لأن المقصود هو التصرف.

وحذف الميراث؛ لأن ذكره غير دقيق؛ إذ إن حق الارتفاق لا ينتقل استقلالًا من شخص إلىٰ آخر، بل ينتقل مع العقار المرتفق باعتباره حقًّا تابعًا له. ذلك أن أسباب كسب حق الارتفاق هي أسباب كسب الملكية ابتداءً، وليس انتقالًا من مالك سابق، وذلك فيما عدا ما لا يتفق من هذه الأسباب مع طبيعة حق الارتفاق، وبذلك يخرج من هذه الأسباب الاستيلاء والالتصاق؛ لأنهما لا يتفقان مع طبيعة حق الارتفاق، كما تخرج الشفعة والميراث؛ لأنهما سببان لكسب الملكية انتقالًا، فلا يصح أن ينتقل بهما حق الارتفاق مستقلًّا بذاته، بل ينتقل مع العقار المرتفق باعتباره حقًّا تابعًا له، ويبقىٰ بعد ذلك التصرف القانوني، أي العقد والوصية والحيازة عند عدم سماع الدعوىٰ، ويضاف إلىٰ ذلك تخصيص المالك الأصلي المنصوص عليه في المادة التالية.

وحذفت الفقرة الثانية؛ لأن شرط الظهور في الارتفاق لجواز كسبه بالتقادم مأخوذ من القانون الفرنسي، واشتراط الظهور في هذا القانون يرجع إلىٰ اعتبارات تاريخية ليس لها مبرر معقول، ولا يصح لتعليل اشتراط الظهور ما تقوله المذكرة الإيضاحية من أنه: «اشترط في كسب حق الارتفاق بالتقادم أن يكون ظاهرًا، وذلك حتىٰ لا يشوب الحيازة عيب الخفاء». (مجموعة الأعمال التحضيرية، ج 6/ ص 628). حيث ينطوي هذا التعديل علىٰ خلط بين معنىٰ الظهور في الارتفاق ومعناه في الحيازة. فالارتفاق الظاهر هو الذي تدل عليه علامة خارجية، أما الحيازة الظاهرة فهي التي فيها يباشر الحائز الأعمال المادية للحيازة علىٰ نحو تكون فيه ظاهرة للجمهور، ومن ثم قد يكون الارتفاق غير ظاهر، ومع ذلك تصح حيازته حيازة ظاهرة، فحق الارتفاق بالمرور قد يكون غير ظاهر، وذلك إذا لم يكن الطريق مخططًا ولم تكن هناك علامة خارجية أخرىٰ تدل عليه، ومع ذلك تكون حيازته ظاهرة غير مشوبة بعيب الخفاء إذا كان الحائز يمر علنًا علىٰ نحو ظاهر للجمهور، وحق اغتراف المياه ارتفاق غير ظاهر، ومع ذلك يمكن أن ترد عليه حيازة غير خفية إذا كان الحائز يغترف المياه بشكل ظاهر وعلني، كذلك لا

يكفي لتبرير اشتراط الظهور في حق الارتفاق أن يقال: إن هذا الحق يقتضي ظهورًا أوضح لما فيه من دقة، ولما قد ينطوي عليه من خفاء: إذ إن ممارسة الأعمال المادية للحيازة بشكل ظاهر وعلني - تكفي لمواجهة ما قد ينطوي عليه الارتفاق من خفاء.

والمادة المقترحة تقابل المادة (1272) من التقنين العراقي التي تتفق مع المادة (1016) من التقنين المصري الحالي.

وتقابل المادة (1272) من التقنين الأردني التي تتفق مع المادة (1016) من التقنين المصري الحالي.

وتتفق أحكام المادة المقترحة مع أحكام الفقه الإسلامي.

فقد نصت المادة (216) من المجلة علىٰ ما يأتي: «يصح بيع حق المرور وحق الشرب والمسيل تبعًا للأرض والماء تبعًا لقنواته». ونصت المادة (1224) علىٰ ما يأتي: «يعتبر القدم في حق المرور وحق المجرىٰ وحق المسيل يعني ترك هذه الأشياء وتبقىٰ علىٰ وجهها القديم الذي كانت عليه؛ لأن الشيء القديم يبقىٰ علىٰ حاله علىٰ حكم مادة 6، ولا يتغير إلا أن يقوم الدليل علىٰ خلافه، أما القديم المخالف للشرع فلا اعتبار له، يعني إذا كان الشيء المعمول غير مشروع في الأصل فلا اعتبار له وإن كان قديمًا، ويزال إذا كان فيه ضرر فاحش (راجع مادة 27)، مثلًا: إذا كان لدار مسيل قذر في الطريق العام ولو من القديم وكان به ضرر للمارة، فإن ضرره يرفع ولا اعتبار لقدمه».

ونصت المادة (47) من مرشد الحيران علىٰ ما يأتي: «حق الشرب يورث ويوصىٰ بالانتفاع به، ولا يباع إلا تبعًا للأرض كحق المسيل، ولا يوهب، ولا يؤجر». ونصت المادة (48) علىٰ ما يأتي: «القديم يبقىٰ علىٰ قدمه في حق المرور والمجرىٰ والمسيل، ما لم يكن غير مشروع من أصله، فإن كان كذلك فلا اعتبار له، ويزال إن كان فيه ضرر بين، فإن كان لدار مسيل قذر في الطريق العام وكان مضرًّا بالعامة، يرفع ضرورة ولو كان قديمًا ولا يعتبر قدمه». ونصت المادة (51) علىٰ ما يأتي: «من كان له مجرىٰ أو سياق ماء جارٍ بحق قديم في ملك شخص آخر، فليس لصاحبه منعه» ونصت المادة (52) علىٰ ما يأتي: «إذا كان لدار مسيل مطر علىٰ دار الجار من القديم، فليس للجار منعه».

مادة (1020):

1- يجوز أيضًا أن ترتب الارتفاقات الظاهرة بتخصيص من المالك الأصلي.

2- ويكون هناك تخصيص من المالك الأصلي، إذا تبين بأي طريق من طرق الإثبات أن مالك عقارين منفصلين قد أقام بينهما علامة ظاهرة، فأنشأ بذلك علاقة تبعية
بينهما من شأنها أن تدل علىٰ وجود ارتفاق لو أن العقارين كانا مملوكين لملاك مختلفين، ففي هذه الحالة إذا انتقل العقاران إلىٰ أيدي ملاك مختلفين دون تغيير في حالتهما، عد الارتفاق مرتبًا بين العقارين لهما وعليهما، ما لم يكن ثمة شرط صريح يخالف ذلك.

هذه المادة تطابق المادة (1017) من التقنين الحالي، مع تعديل في صياغة الفقرة الأولىٰ.

وتطابق المادة (1273) من التقنين العراقي، مع اختلاف في الصياغة.

وتتفق مع المادة (1275) من التقنين الأردني.

وتتفق مع المادة (960) من التقنين الكويتي.

انظر: المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1289) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 629).

والسند الشرعي للمادة المقترحة أن حكمها يقوم علىٰ اتفاق ضمني بين المالكين المختلفين للعقارين عند انفصالهما؛ إذ إن الإبقاء علىٰ الحالة الواقعية التي أنشأها المالك الأصلي يفيد ضمنًا أنهما أرادا نشوء حق الارتفاق.

مادة (1021):

1- إذا فرضت قيود معينة تحد من حق مالك العقار في البناء عليه كيف شاء، كأن يمنع من تجاوز حد معين في الارتفاع بالبناء أو في مساحة رقعته - فإن هذه القيود تكون حقوق ارتفاق علىٰ هذا العقار لفائدة العقارات التي فرضت لمصلحتها هذه القيود، هذا ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بغيره.

2- وكل مخالفة لهذه القيود تجوز المطالبة بإصلاحها عينًا، ومع ذلك يجوز الاقتصار علىٰ الحكم بالتعويض إذا رأت المحكمة ما يبرر ذلك.

هذه المادة تطابق المادة (1018) من التقنين الحالي.

وتتفق مع المادة (1274) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (1274) من التقنين الأردني.

انظر: المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1290) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 631).

والسند الشرعي للمادة المقترحة أن حكمها يتفق مع القواعد العامة في حق الارتفاق، سواء في الفقه الإسلامي أو في القانون الوضعي، بالإضافة إلىٰ ذلك فقد نصت المادة (1192) من المجلة علىٰ ما يأتي: «كل يتصرف في ملكه كيف شاء، لكن إذا تعلق حق الغير به فيمنع المالك من تصرفه... » ونصت المادة (57) من مرشد الحيران علىٰ ما يأتي: «للمالك أن يتصرف كيف شاء في خالص ملكه الذي ليس للغير حق فيه، فيعلي حائطه ويبني ما يريده، ما لم يكن تصرفه مضرًّا بالجار ضررًا فاحشًا». ونصت المادة (58) علىٰ ما يأتي: «إذا تعلق حق الغير بالملك، فليس للمالك أن يتصرف فيه تصرفًا مضرًّا إلا بإذن صاحب الحق».

2- آثار حق الارتفاق:

مادة (1022): تخضع حقوق الارتفاق للقواعد المقررة في سند إنشائها، ولما جرىٰ به عرف الجهة، وللأحكام الآتية.

هذه المادة تطابق المادة (1019) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (1275) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (959) من التقنين الكويتي.

وتتفق مع المادة (1309) من التقنين الأردني.

وتتفق مع أحكام الفقه الإسلامي، فقد نصت المادة (19) من مرشد الحيران في

باب حق الانتفاع علىٰ ما يأتي: «يجب أن تراعىٰ شروط عقد المتبرع المترتب عليه حق الانتفاع بالنظر لحقوق المنتفع ولما يجب عليه من الواجبات». ونصت المادة (45) من المجلة علىٰ أن «التعيين بالعرف كالتعيين بالنص».

مادة (1023):

1- إذا جزئ العقار المرتفق، بقي الارتفاق مستحقًّا لكل جزء منه، علىٰ ألا يزيد ذلك في العبء الواقع علىٰ العقار المرتفق به.

2- غير أنه إذا كان حق الارتفاق لا يفيد في الواقع إلا جزءًا من هذه الأجزاء، فلمالك العقار المرتفق به أن يطلب إنهاء هذا الحق عن الأجزاء الأخرىٰ.

هذه المادة تطابق المادة (1024) من التقنين الحالي، مع استبدال كلمة: «إنهاء» في الفقرة الثانية بكلمة: «زوال».

وتطابق المادة (1279) من التقنين العراقي التي تطابق تمامًا المادة (1024) من التقنين المصري الحالي.

وتطابق المادة (965) من التقنين الكويتي.

وتتفق مع المادة (1313) من التقنين الأردني.

وفي الفقه الإسلامي يمكن تخريج المادة المقترحة علىٰ أساس المبدأين الشرعيين الآتيين: الأصل بقاء ما كان علىٰ ما كان (م 5 من المجلة)، وما جاز لعذر بطل بزواله (م 23 من المجلة).

مادة (1024):

1- إذا جزئ العقار المرتفق به، بقي حق الارتفاق واقعًا علىٰ كل جزء منه.

2- غير أنه إذا كان حق الارتفاق لا يستعمل في الواقع علىٰ بعض هذه الأجزاء، ولا يمكن أن يستعمل عليها - فلمالك كل جزء منها أن يطلب إنهاء هذا الحق عن الجزء الذي يملكه.

هذه المادة تطابق المادة (1025) من التقنين الحالي، مع استبدال كلمة «إنهاء» في

الفقرة الثانية بكلمة «زوال».

وتطابق المادة (1280) من التقنين العراقي التي تطابق تمامًا المادة (1025) من التقنين المصري الحالي.

وتطابق المادة (966) من التقنين الكويتي.

وتتفق مع المادة (1314) من التقنين الأردني.

وفي الفقه الإسلامي يمكن تخريج المادة المقترحة علىٰ أساس المبدأين الشرعيين الآتيين: الأصل بقاء ما كان علىٰ ما كان (م (5) من المجلة). وما جاز لعذر بطل بزواله (م23 من المجلة).

مادة (1025):

1- لمالك العقار المرتفق أن يجري الأعمال الضرورية لاستعمال حقه أو المحافظة عليه، وعليه أن يستعمل هذا الحق علىٰ الوجه الذي لا ينشأ عنه إلا أقل ضرر ممكن.

2- ولا يجوز أن يترتب علىٰ ما يجد من حاجات العقار المرتفق أية زيادة في عبء الارتفاق.

هذه المادة تتفق مع المادة (1020) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- لمالك العقار المرتفق أن يجري من الأعمال ما هو ضروري لاستعمال حقه في الارتفاق، وما يلزم للمحافظة عليه وأن يستعمل هذا الحق علىٰ الوجه الذي ينشأ عنه أقل ضرر ممكن.

2- ولا يجوز أن يترتب علىٰ ما يجد من حاجات العقار المرتفق أية زيادة في عبء الارتفاق».

وقد أدخلت تعديلات لفظية علىٰ الفقرة الأولىٰ من هذه المادة علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة.

وتتفق مع المادة (1276) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (1310) من التقنين الأردني.

والفقرة الأولىٰ منها تطابق المادة (961) من التقنين الكويتي، والفقرة الثانية منها تقابل المادة (962) من هذا التقنين.

انظر: المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1292) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 639).

وفي الفقه الإسلامي يقاس حكم المادة المقترحة علىٰ ما جاء في باب الانتفاع، فقد نصت المادة (28) من مرشد الحيران علىٰ أنه: «يجب علىٰ صاحب المنفعة أن يعتني بحفظ العين المنتفع بها صيانة لها». ونصت المادة (29) علىٰ أن: «مالك المنفعة إن كان مقيدًا بقيد فله أن يستوفيه لعينه أو يستوفي مثله، أو ما دونه وليس له أن يتجاوزه إلىٰ ما فوقه».

مادة (1026):

1- تكون نفقة الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه علىٰ مالك العقار المرتفق، ما لم يشترط غير ذلك.

2- فإذا كان مالك العقار المرتفق به هو المكلف بأن يقوم بتلك الأعمال علىٰ نفقته

- كان له دائمًا أن يتخلص من هذا التكليف بالتخلي عن العقار المرتفق به كله أو بعضه لمالك العقار المرتفق.

3- وإذا كانت الأعمال نافعة أيضًا لمالك العقار المرتفق به، كانت نفقة الصيانة علىٰ الطرفين، كل بنسبة ما يعود عليه من الفائدة.

هذه المادة تطابق المادة (1022) من التقنين الحالي، مع تعديل لفظي طفيف في الفقرة الأولىٰ.

وتطابق المادة (1277) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (963) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (1311) من التقنين الأردني.

انظر: المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م

1293) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 639).

وأحكام الفقرتين الأولىٰ والثالثة من المادة المقترحة تتفق مع أحكام الفقه الإسلامي، فقد نصت المادة (31) من مرشد الحيران علىٰ أن: «المصاريف اللازمة لمئونة العين المنتفع بها وحفظها تلزم صاحب المنفعة». ونصت المادة (87) من المجلة علىٰ أن: «الغرم بالغنم، يعني أن من ينال نفع شيء يتحمل ضرره».

مادة (1027): لا يلتزم مالك العقار المرتفق به أن يقوم بأي عمل لمصلحة العقار المرتفق، إلا أن يكون عملًا إضافيًّا يقتضيه استعمال الارتفاق علىٰ الوجه المألوف، ما لم يشترط غير ذلك.

هذه المادة تطابق المادة (1021) من التقنين الحالي.

وتتفق مع أحكام الفقه الإسلامي فيما ينص عليه من أن: «الارتفاق هو حق مقرر علىٰ عقار لمنفعة عقار لشخص آخر». (م 37 من مرشد الحيران).

مادة (1028):

1- لا يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يعمل شيئًا يؤدي إلىٰ الانتقاص من استعمال حق الارتفاق أو جعله أكثر مشقة، ولا يجوز له بوجه خاص أن يغير من الوضع القائم، أو يبدل بالموضع المعين أصلًا لاستعمال حق الارتفاق موضعًا آخر.

2- ومع ذلك إذا كان الموضع الذي عين أصلًا قد أصبح من شأنه أن يزيد في عبء الارتفاق، أو أصبح الارتفاق مانعًا من أحداث تحسينات في العقار المرتفق به، فلمالك هذا العقار أن يطلب نقل الارتفاق إلىٰ موضع آخر من العقار، أو إلىٰ عقار آخر يملكه هو أو غيره إذا قبل ذلك، كل هذا متىٰ كان استعمال الارتفاق في وضعه الجديد ميسورًا لمالك العقار المرتفق، بالقدر الذي كان عليه في وضعه السابق.

هذه المادة تطابق المادة (1023) من التقنين الحالي مع تعديلات لفظية طفيفة في الفقرة الثانية.

وتطابق المادة (1278/ 1 و 2) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (1312) من التقنين الأردني.

والفقرة الأولىٰ منها تتفق مع الفقرة الأولىٰ من المادة (964) من التقنين الكويتي، والفقرة الثانية منها تطابق الفقرة الثانية من هذه المادة الأخيرة.

انظر: المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1294) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 645 و 646).

وفي الفقه الإسلامي، فإن أحكام المادة المقترحة تتفق مع مقتضىٰ المادة (29) من مرشد الحيران التي تنص علىٰ ما يأتي: «لمالك المنفعة دون العين بعقد تبرع أو إجارة – أن يتصرف في العين المنتفع بها التصرف المعتاد، إذا كان عقد المنفعة مطلقًا غير مقيد بقيد، فإن كان مقيدًا بقيد، فله أن يستوفيه بعينه أو يستوفي مثله أو ما دونه، وليس له أن يتجاوزه إلىٰ ما فوقه».

3 – انتهاء حق الارتفاق:

مادة (1029): ينتهي حق الارتفاق بانقضاء الأجل المعين، وبهلاك العقار المرتفق به أو العقار المرتفق هلاكًا تامًّا، وباجتماع العقارين في يد مالك واحد، إلا أنه إذا زالت حالة الاجتماع هذه زوالًا يستند أثره إلىٰ الماضي، فإن حق الارتفاق يعود.

هذه المادة تطابق المادة (1026) من التقنين الحالي، مع تعديل لفظي.

وتطابق المادة (1281) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادتين 1315 و 1316 من التقنين الأردني.

وتتفق مع المادة (967) من التقنين الكويتي.

انظر: المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1297) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 648).

وتتفق أحكام المادة المقترحة مع أحكام الفقه الإسلامي، فقد نصت المادة (35) من مرشد الحيران علىٰ ما يأتي: «ينتهي حق الانتفاع بانقضاء المدة المعينة له إن كان له مدة، وبهلاك العين المنتفع بها». ويقاس علىٰ ذلك ما جاء في المادة المقترحة فيما يتعلق

بانقضاء الأجل، وهلاك العقار المرتفق به أو العقار المرتفق. ونصت المادة (1227) من المجلة علىٰ ما يأتي: «إذا كان لواحد حق المرور في ممر معين في عرصة آخر، فأحدث صاحب العرصة بناءً علىٰ هذا الممر بإذن صاحب حق المرور، فقد سقط حق مروره ولم يبق له حق الخصام مع صاحب العرصة. راجع مادة 51».

مادة (1030): ينتهي حق الارتفاق إذا تغير وضع الأشياء بحيث تصبح في حالة لا يمكن فيها استعمال هذا الحق، ويستمر إذا عادت الأشياء إلىٰ وضع يمكن معه استعماله، إلا أن يكون قد انتهىٰ بعدم الاستعمال.

هذه المادة تتفق مع المادة (1028) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- ينتهي حق الارتفاق إذا تغير وضع الأشياء بحيث تصبح في حالة لا يمكن فيها استعمال هذا الحق.

2- ويعود إذا عادت الأشياء إلىٰ وضع يمكن معه استعمال الحق، إلا أن يكون قد انتهىٰ بعدم الاستعمال».

وقد أدمجت هاتان الفقرتان في فقرة واحدة علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة، واستبدلت عبارة: «ويستمر» بعبارة: «ويعود»؛ لأن هذه العبارة الأخيرة غير دقيقة، فحق الارتفاق ينتهي إذا استحال استعماله بسبب تغير وضع الأشياء بصفة نهائية، لكن إذا زالت هذه الاستحالة بأن عادت الأشياء إلىٰ وضع يمكن معه استعمال الحق، فإن الارتفاق يعتبر أنه لم ينته بسبب استحالة استعماله، وإنما وقف استعماله إلىٰ أن تزول هذه الاستحالة، وحينئذ يعود استعمال الارتفاق إلىٰ ما كان عليه، ولكن حق الارتفاق ذاته يستمر باقيًا، وذلك ما لم يكن قد مضت علىٰ عدم استعماله المدة المقررة لانتهائه بعدم الاستعمال، إذ في هذه الحالة ينتهي، ليس بسبب استحالة استعماله، ولكن بسبب عدم الاستعمال.

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (1283) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (1317) من التقنين الأردني.

وتتفق مع المادة (969) من التقنين الكويتي.

والسند الشرعي لها أن حكمها تقتضيه طبيعة الأشياء، ما دام أن حق الارتفاق أصبح استعماله مستحيلًا بسبب تغير وضع الأشياء، فإذا زالت هذه الاستحالة استمر الحق باقيًا، وذلك ما لم يكن قد انتهىٰ بعدم الاستعمال.

مادة (1031): لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه، إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق، أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة علىٰ العقار المرتفق به.

هذه المادة تطابق المادة (1029) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (1284) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (970) من التقنين الكويتي.

وتتفق مع المادة (1319) من التقنين الأردني.

انظر: المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1300) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 6/ ص 653).

والسند الشرعي للمادة المقترحة أن تمسك مالك العقار المرتفق به بحق الارتفاق رغم انعدام فائدته، يعتبر تعسفًا في استعماله.

مادة (1032):

1- لا تسمع الدعوىٰ بحق الارتفاق إذا لم يستعمل مدة خمس سنوات، فإن كان الارتفاق مقررًا لمصلحة عين موقوفة، كانت المدة عشر سنوات.

2- وإذا ملك العقار المرتفق عدة شركاء علىٰ الشيوع، فاستعمال أحدهم الارتفاق يقطع مدة عدم سماع الدعوىٰ لمصلحة الباقين، كما أن وقف المدة لمصلحة أحد الشركاء يقفها لمصلحة الآخرين.

هذه المادة تقابل المادة (1027) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- تنتهي حقوق الارتفاق بعدم استعمالها مدة خمس عشرة سنة، فإن كان

الارتفاق مقررًا لمصلحة عين موقوفة كانت المدة ثلاثًا وثلاثين سنة، وكما يسقط التقادم حق الارتفاق، يجوز كذلك بالطريقة ذاتها أن يعدل من الكيفية التي يستعمل بها.

2- وإذا ملك العقار عدة شركاء علىٰ الشيوع، فانتفاع أحدهم بالارتفاق يقطع التقادم لمصلحة الباقين، كما أن وقف التقادم لمصلحة أحد هؤلاء الشركاء يجعله موقوفًا لمصلحة سائرهم».

وقد عدلت هذه المادة في فقرتها الأولىٰ بالنص علىٰ عدم سماع الدعوىٰ بحق الارتفاق، بدلًا من النص علىٰ انتهاء حق الارتفاق، وذلك جريًا علىٰ خطة المشروع في الأخذ بمبدأ عدم سماع الدعوىٰ فيما يتعلق بالتقادم.

وانقضت مدة عدم الاستعمال من خمس عشرة سنة إلىٰ خمس سنوات، وذلك نظرًا إلىٰ أن الحكم يتعلق بحق يحمل الملكية بعبء ثقيل، ومن المرغوب فيه من الناحية الاقتصادية لمصلحة تداول المال أن تتوفر للمالك سلطة كاملة علىٰ الشيء، ما دام أن صاحب العقار المرتفق قعد عن استعمال حقه مدة خمس سنوات، فالتقادم هنا مسقط للحق بعدم الاستعمال، ومن ثم يختلف عن التقادم المكسب بعدم سماع الدعوىٰ علىٰ من يحوز الحق مدة خمس عشرة سنة.

وانقضت المدة إذا كان الارتفاق مقررًا لمصلحة عين موقوفة، من ثلاث وثلاثين سنة إلىٰ عشر سنوات؛ لكي يكون هناك تناسب بين المدة المقررة في القاعدة العامة والمدة المقررة بالنسبة إلىٰ العين الموقوفة.

وأدخلت تعديلات لفظية علىٰ الفقرة الثانية.

ولا يختلف الحكم في الصياغة المقترحة في جوهره عن حكم التقنين الحالي إلا فيما يتعلق بالمدة، حيث لا يلزم أن ينكر صاحب العقار المرتفق به حق الارتفاق الذي يدعيه المدعي؛ لأن الأمر لا يتعلق بحيازة تقوم دليلًا علىٰ الحق المحاز، كما هو الشأن في التقادم المكسب، بل يكفي أن يتمسك صاحب هذا العقار بعدم استعمال صاحب العقار المرتفق لحقه مدة خمس سنوات، وحتىٰ لو أقر صاحب العقار المرتفق به بحق المدعي، فإن هذا لا يحول دون تمسكه بعدم سماع الدعوىٰ؛ لأن مجرد عدم الاستعمال يكفي لسقوط الحق.

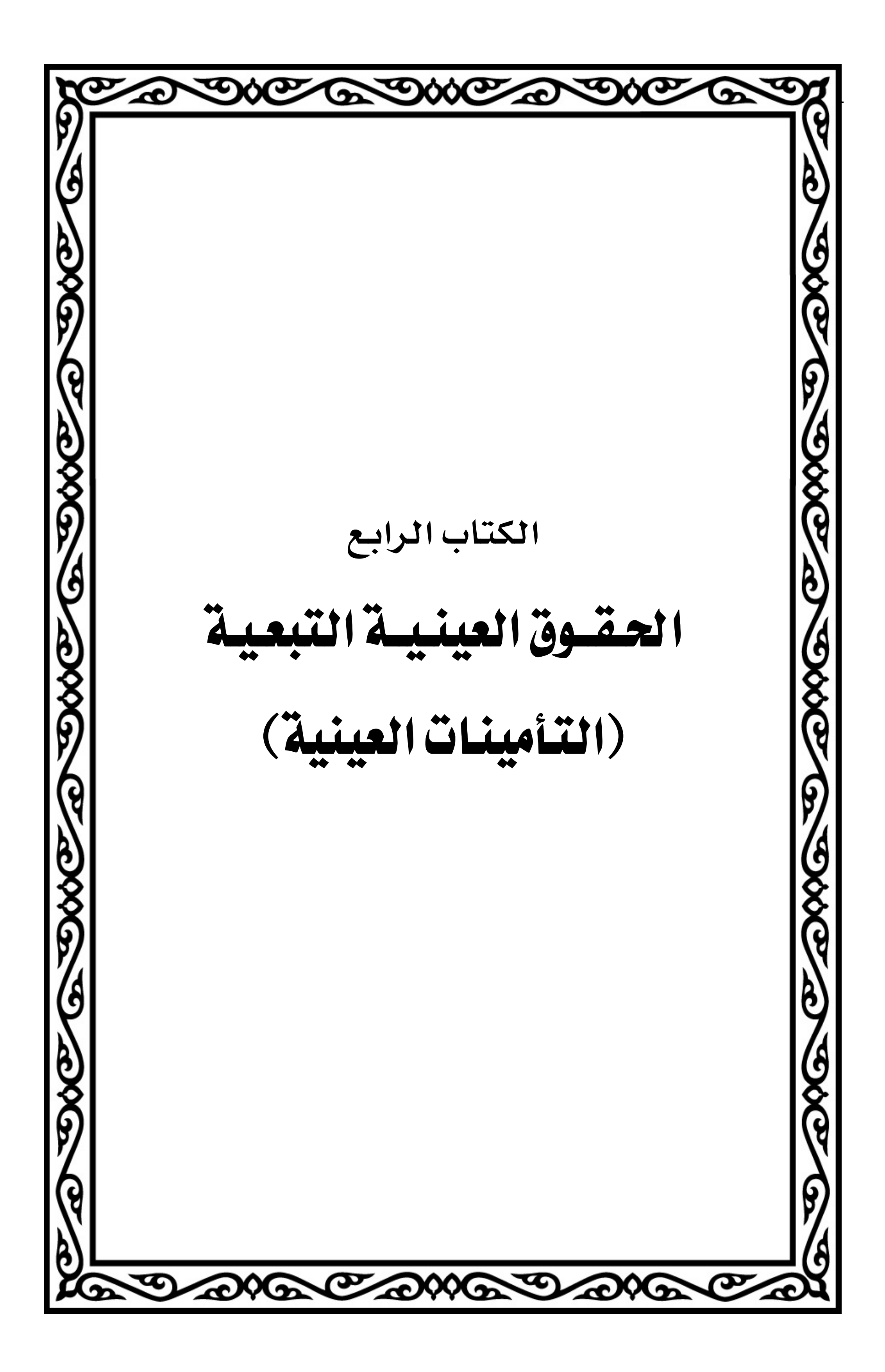
والمادة المقترحة تقابل المادة (1282) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (1321) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (968) من التقنين الكويتي.

وما تقضي به المادة المقترحة يتسق مع ما يراه فريق من الفقه الإسلامي من أن الحيازة تسقط الملك، وفي هذا يقول الحطاب: «وقال مالك فيمن له شيء، ترك غيره يتصرف فيه ويفعل فيه ما يفعل المالك الدهر الطويل: فإن ذلك مما يسقط الملك ويمنع الطالب من الطلب» (شرح الحطاب علىٰ مختصر خليل، ج 6 / ص 229).





الكتاب الرابع

الحقـوق العينيـة التبعيـة

(التأمينات العينية)

نظرة عامة:

الحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية في التقنين المدني الحالي هي حق الرهن الرسمي، وحق الاختصاص، وحق الرهن الحيازي، وحقوق الامتياز.

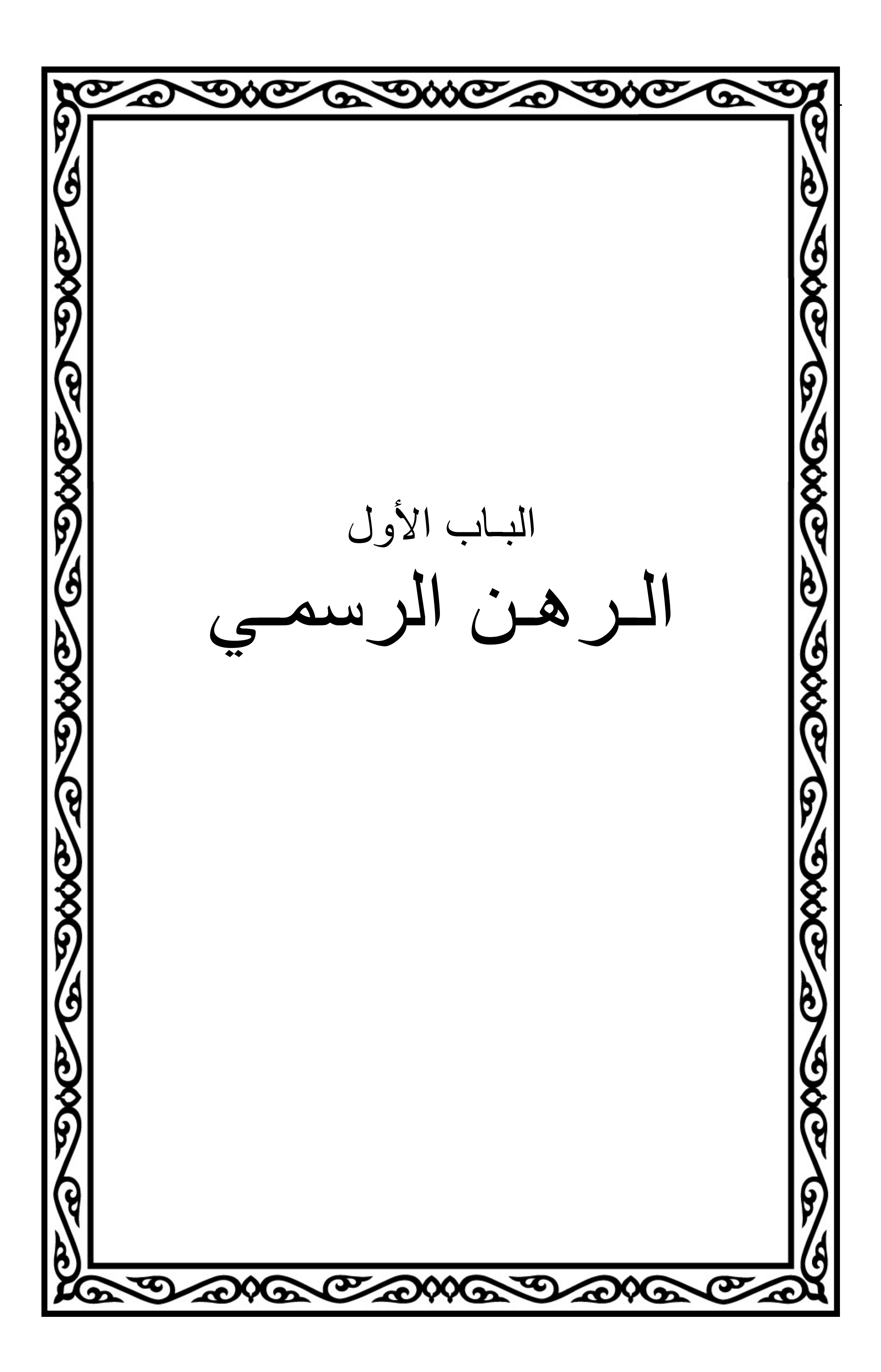
وقد أبقىٰ المشروع من هذه الحقوق حق الرهن الرسمي، وحق الرهن الحيازي مع قصره علىٰ المنقول، وحقوق الامتياز. وحذف النصوص المتعلقة بحق الاختصاص.

ففيما يتعلق بالرهن الحيازي فقد قصره المشروع علىٰ المنقول حيث رئي الاستغناء عن الرهن الحيازي في العقار اكتفاءً بالرهن الرسمي الذي لا يرد إلا علىٰ عقار ذلك أن الغرض من الرهن الحيازي توفير ضمان للدائن للحصول علىٰ دينه في نهاية الأجل، وليس الغرض منه تخويل الدائن الانتفاع بالشيء المرهون، وإذا كان هذا الضمان يقتضي انتقال الحيازة إلىٰ الدائن في المنقول حماية له من تصرف الراهن، فإنه لا يقتضي انتقال الحيازة في العقار ما دام أن الرهن الرسمي يجب شهره بطريق القيد، فتتوفر الحماية للدائن بما يترتب علىٰ القيد من ثبوت حق التقدم والتتبع له، إذا تصرف الراهن في العقار المرهون، وإذا كان الدائن يستثمر المال المرهون ويحتفظ بغلته استنزالًا من الدين، فإن هذا من شأنه أن يجعل المدين تحت رحمة الدائن في استغلال العقار وفي المحاسبة علىٰ الريع، وليس استغلال الغير كاستغلال المالك لماله. وما يقال من أن الناس في الريف قد ألفوا التعامل بالرهن الحيازي أكثر من التعامل بالرهن الرسمي - يلاحظ عليه أن الرهن الرسمي أخذ في الانتشار بعد أن أنشئت مأموريات كثيرة لتوثيق العقود الرسمية في جميع البلاد، وبعد أن أصبح الرهن الحيازي العقاري خاضعًا للقيد كالرهن الرسمي. فالرهن الرسمي له ميزة تعتبر من الأسس التي يقوم عليها، وهي التوفيق بين ضمان حق الدائن ومصلحة الراهن في استغلال العقار المرهون والتصرف فيه. وليس انتشار الرهن الرسمي إلا دليلًا علىٰ وعي بهذه الميزة جعل الناس يرجحون الرهن الرسمي علىٰ الرهن الحيازي أسوة بالمصارف والبنوك المالية الكبيرة.

أما حق الاختصاص فهو حق عيني تبعي يتقرر للدائن علىٰ عقار للمدين بموجب أمر يصدر من القاضي بناءً علىٰ حكم بالدين واجب التنفيذ، فيكون للدائن بمقتضاه أن يتقدم علىٰ الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في استيفاء دينه من المقابل

النقدي لذلك العقار في أي يد يكون. وقد أغفل المشروع تنظيمه استجابة للاتجاه السائد في الفقه المعاصر بوجوب الحد من نظم التأمينات القضائية. وقد ظهر ذلك في أقوال الفقهاء الذين أيدوا الأحكام التي تضيق من نطاق هذا الحق، ويرجع ذلك إلىٰ عيبين أساسيين يشوبان حق الاختصاص، الأول: أنه يتقرر بأمر من القاضي بناءً علىٰ رغبة من الدائن دون أن يرتضيه المدين باتفاق بينه وبين الدائن مع أن مرجع الأولوية بين الدائنين يجب أن يكون إلىٰ الاتفاق أو القانون. والثاني: أن تقرير الأفضلية للدائن لمجرد السبق في الحصول علىٰ حكم - لا ينهض سببًا معقولًا للإخلال بقاعدة المساواة بين الدائنين، بل إنه يؤدي إلىٰ تسابق الدائنين في الحصول علىٰ حكم بالدين، مما يترتب عليه زيادة في المصروفات، وقد أدىٰ هذا بمعظم القوانين العربية إلىٰ عدم الأخذ بنظام حق الاختصاص، ومن ثم فلم يعد حق الاختصاص في المشروع من الحقوق العينية التبعية.





البـاب الأول

الـرهـن الرسمــي

مادة (1033): الرهن الرسمي حق عيني يتقرر للدائن بمقتضىٰ عقد علىٰ عقار مخصص لوفاء دينه، فيكون له بمقتضاه أن يتقدم علىٰ الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في استيفاء دينه من المقابل النقدي للعقار في أي يد يكون.

هذه المادة تقابل المادة (1030) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «الرهن الرسمي عقد به يكسب الدائن علىٰ عقار مخصص لوفاء دينه حقًّا عينيًّا، يكون له بمقتضاه أن يتقدم علىٰ الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون».

ويؤخذ من هذا النص أن الرهن الرسمي يطلق علىٰ العقد الذي يترتب به للدائن حق عيني علىٰ عقار مخصص لوفاء دينه، ويطلق أيضًا علىٰ هذا الحق العيني الذي ترتب للدائن ضمانًا لوفاء دينه (انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1437) في مجموعة الأعمال التحضيرية، ج 7/ ص 10).

ولكن الأولىٰ أن ينصب التعريف علىٰ الرهن الرسمي باعتباره حقًّا عينيًّا، وهو ما راعاه المشروع في المادة المقترحة.

كذلك عدل النص باستبدال عبارة: «في استيفاء دينه من المقابل النقدي للعقار» بعبارة: «في استيفاء حقه من ثمن العقار»، حيث يستوفي الدائن المرتهن دينه إما من ثمن العقار أو من المال الذي حل محل العقار، فهو في الحالين يستوفي حقه من المقابل النقدي للعقار.

والمادة المقترحة تقابل المادة (1285) من التقنين العراقي التي تطابق المادة (1030) من التقنين المصري الحالي.

وتقابل المادة (1322) من التقنين الأردني التي تطابق المادة (1030) من التقنين المصري الحالي.

وتقابل المادة (971) من التقنين الكويتي.

والفقه الإسلامي، وإن كان لا يتحدث إلا عن الرهن الحيازي، إلا أنه يقبل الرهن الرسمي في ضوء التنظيم المقرر له، ذلك أن هذا التنظيم بما فيه من رسمية وشهر، يتفق مع ما يهدف إليه الفقه الإسلامي من تأمين الدين وضمان الوفاء به؛ إذ إن توثيق الدين

وتأمينه من شأنه أن يوفر الثقة بين الدائن ومدينه، وقد أشار إلىٰ ذلك الزيلعي. فقال: «إن الحاجة إلىٰ الوثيقة ماسة من الجانبين، فإن المستدين قلما يجد من يدينه بلا رهن، والدائن يأمن بالرهن من القوي بالجحود أو بإسراف المدين في ماله، بحيث لم يبق له منه شيء، أو بمخاصصة غيره من الغرماء، فكان فيه نفع لهما» (تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج 6/ ص 63).



الفصل الأول
إنشاء الرهن الرسمي

مادة (1034):

1- لا ينعقد الرهن الرسمي إلا إذا كان بورقة رسمية.

2- ونفقات العقد علىٰ الراهن، إلا إذا اتفق علىٰ غير ذلك.

هذه المادة تطابق المادة (1031) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (972) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (1286) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (1323) من التقنين الأردني.

انظر: المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1438) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 10).

وفي الفقه الإسلامي: انظر ما تقدم ذكره تحت المادة السابقة.

مادة (1035):

1- يجب أن يكون الراهن مالكًا للعقار المرهون، وأهلًا للتصرف فيه.

2- وفي كلتا الحالتين يجب أن يكون الرهن مالكًا للعقار المرهون، كفيلًا عينيًّا يقدم رهنًا لمصلحة المدين.

هذه المادة تتفق مع المادة (1032) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- يجوز أن يكون الراهن هو نفس المدين. كما يجوز أن يكون شخصًا آخر يقدم رهنًا لمصلحة المدين.

2- وفي كلتا الحالتين يجب أن يكون الراهن، مالكًا للعقار المرهون وأهلًا للتصرف فيه».

وقد عدلت صياغة هذه المادة علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة.

والمادة المقترحة تطابق المادة (1324) من التقنين الأردني.

وتتفق مع المادة (1287) من التقنين العراقي.

والفقرة الثانية منها تتفق مع المادة (973) من التقنين الكويتي.

انظر: المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1439) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 14).

وفي الفقه الإسلامي فإن حكم الفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة يتفق مع القواعد العامة.

أما عن الفقرة الثانية، فإن الفقه الإسلامي يتحدث في باب الرهن الحيازي عما يسميه: «الرهن المستعار». فقد نصت المادة (726) من المجلة علىٰ أنه: «يجوز أن يستعير أحد مال آخر ويرهنه بإذنه، ويقال لهذا الرهن: المستعار». ونصت المادة (727) علىٰ أنه: « إن كان إذن صاحب المال مطلقًا، فللمستعير أن يرهنه بأي وجه شاء». ونصت المادة (728) علىٰ أنه إذا كان إذن صاحب المال مقيدًا بأن يرهنه في مقابلة كذا دراهم، أو في مقابلة مال جنسه كذا، أو عند فلان، أو في البلدة الفلانية - فليس للمستعير أن يرهنه إلا علىٰ وفق قيده وشرطه».

وفي هذا المعنىٰ أيضًا: المادة (960) من مرشد الحيران.

مادة (1036):

1- إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون، كان رهنه موقوفًا علىٰ إجازة المالك الحقيقي بورقة رسمية، وإذا لم تصدر هذه الإجازة، فإن حق الرهن لا يترتب علىٰ العقار، إلا من الوقت الذي يصبح فيه هذا العقار مملوكًا للراهن.

2- ويقع باطلًا رهن المال المستقبل.

الفقرة الأولىٰ من هذه المادة تقابل الفقرة الأولىٰ من المادة (1033) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون، فإن عقد الرهن يصبح صحيحًا إذا أقره المالك الحقيقي بورقة رسمية. وإذا لم يصدر هذا الإقرار فإن حق الرهن لا يترتب علىٰ العقار إلا من الوقت الذي يصبح فيه هذا العقار مملوكًا

للراهن».

وقد اعتمد المشروع في هذا الصدد فكرة العقد الموقوف التي يأخذ بها الفقه الإسلامي، بدلًا من فكرة العقد القابل للإبطال التي يأخذ بها التقنين الحالي في هذا النص.

وبذلك يسوي المشروع بين بيع ملك الغير ورهن ملك الغير، فقد نصت المادة (439) من المشروع علىٰ أن: «من باع ملك غيره بدون إذنه، كان بيعه موقوفًا علىٰ إجازة المالك».

وسواء فيما يتعلق ببيع ملك الغير أو فيما يتعلق برهن ملك الغير، فإن الحكم يعتبر تطبيقًا للقاعدة العامة التي أخذ بها المشروع في خصوص العقد الموقوف، فقد نصت المادة (137) من المشروع علىٰ أن: «يكون العقد موقوف النفاذ علىٰ الإجازة، إذا كان تصرفًا في ملك الغير بدون إذنه». ونصت المادة (128/ 3) من المشروع علىٰ أنه إذا كان العقد موقوفًا لكونه تصرفًا في ملك الغير بدون، إذنه كانت إجازته للمالك.

انظر: المراجع والنصوص الشرعية المشار إليها تحت المواد المذكورة.

والفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة تتفق مع المادة (1325) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (974) من التقنين الكويتي.

والفقرة الثانية من المادة المقترحة تطابق الفقرة الثانية من المادة (1033) من التقنين الحالي.

انظر: المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1447) في مجموعة الأعمال التحضيرية(ج 7/ ص 15).

مادة (1037): يبقىٰ قائمًا لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي يقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو زواله لأي سبب آخر، إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن.

هذه المادة تطابق المادة (1034) من التقنين الحالي، مع حذف عبارة: «أو إلغاؤه»؛

لأنها تدخل في عموم الزوال لأي سبب آخر.

وتطابق المادة (975) من التقنين الكويتي.

والفقه الإسلامي يقبل حكم المادة المقترحة، حماية للدائن حسن النية.

مادة (1038):

1- يبقىٰ نافذًا الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع، أيًّا كانت النتيجة التي تترتب علىٰ قسمة العقار فيما بعد أو علىٰ بيعه لعدم إمكان قسمته.

2- وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في العقار أو جزءًا مفرزًا من هذا العقار، ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير التي رهنها، انتقل الرهن بمرتبته إلىٰ قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذي كان مرهونًا في الأصل، ويعين هذا القدر بأمر علىٰ عريضة، ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذي انتقل إليه الرهن خلال تسعين يومًا من الوقت الذي يخطره فيه أي ذي شأن بتسجيل القسمة، ولا يضر انتقال الرهن علىٰ هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء، ولا بامتياز المتقاسمين.

هذه المادة تطابق المادة (1039) من التقنين الحالي.

والفقرة الأولىٰ منها تطابق المادة (979) من التقنين الكويتي.

وتتفق مع المادة (1291/ 2) من التقنين العراقي.

والفقرة الثانية تقابل المادة (980) من التقنين الكويتي.

انظر: المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1446) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 31).

وفيما يتعلق بالفقه الإسلامي، فقد أخذ المشروع في جواز رهن الحصة الشائعة برأي الإمامين مالك والشافعي، (بداية المجتهد، ج 2/ ص 229، المهذب ج 1/ ص 308). وهذا الرهن محل خلاف في الفقه الإسلامي بالنسبة إلىٰ الرهن الحيازي، وسببه كما جاء في بداية المجتهد هو: هل يمكن حيازة المال الشائع أم لا؟ ولا محل لهذا الخلاف في الرهن الرسمي؛ لأن حيازة العقار المرهون لا تنتقل إلىٰ الدائن، وقد جاء في

المهذب أن ما جاز رهنه جاز رهن البعض منه مشاعًا؛ لأن المشاع كالمقسوم في جواز البيع فكان كالمقسوم في جواز الرهن، فإن كان بين رجلين دار فرهن أحدهما نصيبه من بيت بغير إذن شريكه، ففيه وجهان، **أحدهما**: يصح كما يصح بيعه. **والثاني**: لا يصح لأن فيه إضرارًا بالشريك بأن يقتسما فيقع هذا البيت في حصته فيكون بعضه رهنًا. وهذا الرأي الثاني مردود، حيث عالجه المشروع بالنص علىٰ أنه إذا وقع في نصيب الشريك الراهن عند القسمة أعيان غير التي رهنها، انتقل الرهن بمرتبته إلىٰ قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذي كان مرهونًا في الأصل.

وقد نصت المادة (169) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام الشافعي علىٰ أنه: «يلزم لصحة الرهن أن يكون المرهون عينًا ولو مشاعًا...».

ونصت المادة (127) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك علىٰ أنه: «يصح رهن جزء مشاع في عقار ونحوه...».

مادة (1039):

1- لا يجوز أن يرد الرهن الرسمي إلا علىٰ عقار، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك.

2- ويجب أن يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني، وأن يكون معينًا بالذات تعيينًا دقيقًا من حيث طبيعته وموقعه، وأن يرد هنا التعيين إما في عقد الرهن ذاته، أو في عقد رسمي لاحق، وإلا وقع الرهن باطلًا.

هذه المادة تطابق المادة (1035) من التقنين الحالي.

وتتفق مع المادة (1290) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (976) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (1329) من التقنين الأردني.

انظر: المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1442) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 22).

وحكم المادة المقترحة يقبله الفقه الإسلامي، فهو لا يتعارض مع أحكامه، ومن

شأنه تخصيص الرهن علىٰ نحو يتحدد فيه العقار المرهون تحديدًا دقيقًا، الأمر الذي يقتضيه استقرار التعامل وحماية من يتعاملون في العقار.

وقد نصت المادة (709) من المجلة علىٰ أنه: «يشترط أن يكون المرهون صالحًا للبيع، فيلزم أن يكون موجودًا ومالًا متقومًا ومقدور التسليم في وقت الرهن». وفي هذا المعنىٰ أيضًا المادة (554) من مرشد الحيران.

وجاء في المغني (ج 4/ ص 375): وكل عين جاز بيعها جاز رهنها؛ لأن مقصود الرهن الاستيثاق بالدين للتوصل إلىٰ استيفائه من ثمن الرهن إن تعذر استيفاؤه من ذمة الراهن. وهذا يتحقق في كل عين جاز بيعها؛ ولأن ما كان محلًّا للبيع كان محلًّا لحكمة الراهن، ومحل الشيء محل لحكمته إلا أن يمنع مانع من ثبوته، أو يفوت شرط فينتفي الحكم.

وفي هذا المعنىٰ أيضًا: المادة (169) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام الشافعي، والمادة (169) من هذا المشروع علىٰ مذهب الإمام أحمد.

مادة (1040): يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقارًا، ويشمل بوجه خاص حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص والتحسينات والإنشاءات التي تعود بمنفعة علىٰ المالك، ما لم يتفق علىٰ غير ذلك، وهذا مع عدم الإخلال بحقوق الغير القائمة علىٰ هذه الملحقات وقت دخولها في الرهن، وبامتياز المبالغ التي أنفقت في حفظ العقار أو صلاحه، أو المستحقة للمقاولين أو المهندسين المنصوص عليه في المادتين (1133 و1135).

هذه المادة تقابل المادة (1036) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقارًا، ويشمل بوجه خاص حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص والتحسينات والإنشاءات التي تعود بمنفعة علىٰ المالك، ما لم يتفق علىٰ غير ذلك، مع عدم الإخلال بامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين أو المهندسين المعماريين المنصوص عليه في المادة 1148».

وقد أضيفت إلىٰ هذا النص بعد عبارة: «مع عدم الإخلال»، عبارة: «بحقوق الغير

القائمة علىٰ هذه الملحقات وقت دخولها في الرهن»، وذلك لكفالة المحافظة علىٰ امتياز البائع بالنسبة إلىٰ ثمن المنقول، إذ لا يصح أن يترتب علىٰ تخصيص المنقول لخدمة العقار أن يضار بائعه، ولا سيما وأن امتياز بائع المنقول لا يزول ما دام البيع محتفظًا بذاتيته (انظر في هذا المعنىٰ: المذكرة الإيضاحية في مجموعة الأعمال التحضيرية، ج 7/ ص 25).

وأشير في نهاية النص فيما يتعلق بحق الامتياز إلىٰ المادتين (1133 و1135) من المشروع.

انظر: المادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م(1443)، ومذكرتها الإيضاحية في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 24 و25).

والمادة المقترحة تقابل المادة (1292) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (1330) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (977) من التقنين الكويتي.

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (711) من المجلة في باب الرهن الحيازي علىٰ ما يأتي: «كما أن المشتملات الداخلة في البيع بلا ذكر تدخل في الرهن أيضًا، كذلك لو رهنت عرصة تدخل في الرهن أشجارها وثمارها وسائر مفروشاتها ومزروعاتها وإن لم تذكر صراحة».

مادة (1041): يترتب علىٰ تسجيل تنبيه نزع الملكية أن يلحق بالعقار ما يغله من ثمار وإيراد عن المدة التي أعقبت التسجيل، ويجري في توزيع هذه الغلة ما يجري في توزيع ثمن العقار.

هذه المادة تطابق المادة (1037) من التقنين الحالي.

انظر: المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1444) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 27).

وفي الفقه الإسلامي انظر المادة (711) من المجلة التي تقدم ذكرها.

مادة (1042): يجوز لمالك المباني القائمة علىٰ أرض الغير أن يرهنها، وفي هذه الحالة يكون للدائن المرتهن حق التقدم في استيفاء الدين من ثمن الأنقاض إذا هدمت المباني، ومن التعويض الذي يدفعه مالك الأرض إذا استبقىٰ المباني لنفسه.

هذه المادة تقابل المادة (1038) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «يجوز لمالك المباني القائمة علىٰ أرض الغير أن يرهنها، وفي هذه الحالة يكون للدائن المرتهن حق التقدم في استيفاء الدين من ثمن الأنقاض إذا هدمت المباني، ومن التعويض الذي يدفعه مالك الأرض إذا استبقىٰ المباني وفقًا للأحكام الخاصة بالالتصاق».

وقد عدل هذا النص باستبدال عبارة: «إذا استبقىٰ المباني لنفسه»، بعبارة: «إذا استبقىٰ المباني وفقًا للأحكام الخاصة بالالتصاق»؛ وذلك حتىٰ يكون النص عامًّا وشاملًا لكل تعويض يدفعه المالك مقابل احتفاظه بالمباني، سواء كان ذلك بناءً علىٰ الاتفاق أو إعمالًا لأحكام الالتصاق.

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (978) من التقنين الكويتي.

وحكمها يقبله الفقه الإسلامي؛ حفاظًا علىٰ مصلحة الدائن.

مادة (1043): يجوز أن يترتب الرهن ضمانًا لدين معلق علىٰ شرط أو دين مستقبل أو دين احتمالي، فيجوز أن يترتب ضمانًا لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار علىٰ أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصىٰ الذي ينتهي إليه هذا الدين.

هذه المادة تطابق المادة (1040) من التقنين الحالي، فيما عدا استبدال كلمة: «فيجوز» في بداية الشطر الأخير منها بعبارة: «كما يجوز»؛ لأن الحالات المذكورة في هذا الشطر تطبيق للقاعدة الواردة في الشطر الأول.

وتطابق المادة (1293) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (981) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (1332) من التقنين الأردني.

انظر: المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1448) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 33).

وفي الفقه الإسلامي: نصت المادة (955) من مرشد الحيران علىٰ أنه: «يشترط في مقابل الرهن أن يكون دينًا ثابتًا في الذمة أو موعودًا به أو عينًا من الأعيان المضمونة، فلا يصح الرهن بالأمانات»، وفي هذا المعنىٰ أيضًا: المادة (710) من المجلة. انظر: رد المحتار (ج 5/ ص 318). والدين الموعود به يشمل الدين المستقبل والدين الاحتمالي.

مادة (1044): كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن لكل الدين، وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها، ما لم ينص القانون أو يقض الاتفاق بغير ذلك.

هذه المادة تطابق المادة (1041) من التقنين الحالي، مع استبدال كلمة: «ضامن» الواردة في العبارة الأولىٰ بكلمة: «ضامنة».

وتطابق المادة (1294) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (982) من التقنين الكويتي.

وتتفق مع المادة (1333) من التقنين الأردني.

انظر: المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1449) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 35).

وقاعدة عدم قابلية الرهن للتجزئة التي تنص عليها المادة المقترحة مقررة في الفقه الإسلامي، فقد نصت المادة (731) من المجلة فيما يتعلق بالرهن الحيازي علىٰ أنه: «إذا وفىٰ بمقدار من الدين، فلا يلزم رد مقدار من الرهن الذي هو في مقابلته، وللمرتهن صلاحية حبس مجموع الرهن وإمساكه إلىٰ أن يستوفي تمام الدين، ولكن لو كان المرهون شيئين، وكان تعين لكل منهما مقدار من الدين، إذا أدىٰ مقدار ما تعين لأحدهما فللراهن تخليص ذلك فقط». ونصت المادة (961) من مرشد الحيران علىٰ أنه: «إذا قضىٰ الراهن بعض الدين، فلا يكلف المرتهن بتسليمه بعض الرهن، بل يحبسه

إلىٰ استيفاء ما بقي منه ولو قليلًا، إنما إذا كان المرهون شيئين، وعين لكل منهما مقدار من الدين، وأدىٰ الراهن مقدار ما عليه لأحدهما، كان له أن يأخذه، أما إذا لم يعين فليس له الأخذ لحبس الكل بكل الدين».

وما يسري علىٰ الرهن الحيازي في هذا الصدد يسري علىٰ الرهن الرسمي بطريق القياس.

انظر: بداية المجتهد (ج 2/ ص 231)، رد المحتار (ج 5/ ص 321)، المهذب (ج 1/ ص 307).

وقد جاء في بداية المجتهد (ج 2/ ص 231): والرهن عند الجمهور يتعلق بجملة المرهون فيه وببعضه، أعني أنه إذا رهنه في عدد ما فأدىٰ منه بعضه، فإن الرهن بأسره يبقىٰ بعد بيد المرتهن حتىٰ يستوفي حقه، وقال قوم: بل يبقىٰ من الرهن بيد المرتهن بقدر ما يبقىٰ من الحق. وحجة الجمهور أنه محبوس بحق، فوجب أن يكون محبوسًا بكل جزء منه أصله حبس التركة علىٰ الورثة حتىٰ يؤدوا الدين الذي علىٰ الميت. وحجة الفريق الثاني أن جميعه محبوس بجميعه، فوجب أن تكون أبعاضه محبوسة بأبعاضه وأصله الكفالة.

وجاء في المهذب (ج 1/ ص 307): ولا ينفك من الرهن شيء حتىٰ يبرأ الراهن من جميع الدين؛ لأنه وثيقة محضة، فكان وثيقة بالدين وبكل جزء منه....

وجاء في المغني لابن قدامة (ج 4/ ص 399): وإذا قضاه بعض الحق كان الرهن بحاله علىٰ ما بقىٰ، وجملة ذلك أن حق الوثيقة يتعلق بالرهن فيصير محبوسًا بكل الحق وبكل جزء منه لا ينفك منه شيء حتىٰ يقضي جميع الدين. قال بذلك ابن المنذر، ومالك، والشورىٰ، والشافعي، وإسحاق، وأبو نور، وأصحاب الرأي؛ لأن الرهن وثيقة بحق فلا يزول إلا بزوال جميعه كالضمان والشهادة.

وقد جرىٰ المشروع علىٰ رأي الجمهور، شأنه في ذلك شأن بقية القوانين.

مادة (1045):

1- لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون، بل يكون تابعًا له في صحته وفي

انقضائه، ما لم ينص القانون علىٰ غير ذلك.

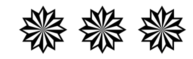
2- وإذا كان الراهن غير المدين، كان له إلىٰ جانب تمسكه بأوجه الدفع الخاصة به
- أن يتمسك بما للمدين التمسك به من أوجه الدفع المتعلقة بالدين، ويبقىٰ له هذا الحق ولو نزل عنه المدين.

هذه المادة تطابق المادة (1042) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (983) من التقنين الكويتي.

انظر: المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1450) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 37).

ويتفق حكم المادة المقترحة مع مبدأ مقرر في الفقه الإسلامي يقضي بأن التابع تابع (م 47 من المجلة).



الفصل الثاني
آثار الرهن الرسمي

الفرع الأول
آثار الرهن فيما بين المتعاقدين

1 – **بالنسبة إلى الراهن:**

مادة (1046):

1 – يجوز للراهن أن يتصرف في العقار المرهون، وأي تصرف يصدر منه لا يؤثر في حق الدائن المرتهن.

2 – ويكون باطلًا اشتراط الدائن المرتهن علىٰ الراهن ألا يتصرف في العقار المرهون ما دام الرهن قائمًا.

الفقرة الأولىٰ من هذه المادة تطابق المادة (1043) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (1295/ 1) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (1335) من التقنين الأردني.

انظر: المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1451) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 39).

والفقرة الثانية من المادة المقترحة مستحدثة، ولها مقابل في المادة (1136) من التقنين المدني الألماني.

وبمقتضاها إذا اشترط الدائن المرتهن علىٰ الراهن ألا يتصرف في العقار المرهون، كان هذا الشرط باطلًا، وتقول المذكرة الإيضاحية المشار إليها في هذا المعنىٰ: «إن حرية الراهن في أن يتصرف في العقار المرهون... لا يجوز أن يقيدها اتفاق مع الدائن المرتهن، ويكون باطلًا تعهد الراهن للدائن المرتهن بألا يتصرف في العقار المرهون».

ذلك أن نظام الرهن يقوم علىٰ التوفيق بين حرية المدين في التصرف في ماله وضمان حق الدائن. فاستبقاء حرية الراهن في التصرف في العقار المرهون بالرغم من رهنه –

يعتبر من الأسس التي يقوم عليها هذا النظام، ولا شك في أن مصلحة الراهن في احتفاظه بهذه الحرية ترجح مصلحة الدائن في أن يتجنب إجراءات التطهير، ومن ثم يكون الشرط المانع للراهن من التصرف غير صحيح؛ إذ لا تنهض به مصلحة مشروعة راجحة.

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (978) من مرشد الحيران فيما يتعلق بالرهن الحيازي علىٰ ما يأتي: «كل تصرف من التصرفات المحتملة للفسخ كالبيع، والإجارة، والهبة، والصدقة، ونحو ذلك، إذا فعله الراهن قبل سقوط الدين عنه يتوقف نفاذه علىٰ رضا المرتهن، ولا يبطل حقه في حبس الرهن، إلا إذا أجاز المرتهن أو قضىٰ الراهن دينه فحينئذ تنفذ تصرفاته، ويخرج المرهون عن عهدة المرتهن، لكن في صورة البيع يتحول حق المرتهن إلىٰ الثمن بخلاف بدل الإجارة». انظر كذلك المادتين (747 و 756) من المجلة.

ومقتضىٰ هذا في الفقه الإسلامي أن يكون تصرف الراهن في العقار المرهون موقوفًا علىٰ إجازة الدائن المرتهن، وهو يخالف ما تقضي به المادة المقترحة التي تكفل للراهن حرية التصرف في العقار المرهون دون توقف علىٰ إجازة الدائن المرتهن.

مادة (1047): للراهن الحق في إدارة العقار المرهون، وفي قبض ثماره إلىٰ وقت التحاقها بالعقار.

هذه المادة تطابق المادة (1044) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (1295/ 2) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (984) من التقنين الكويتي.

وتتفق مع المادة (1336) من التقنين الأردني.

انظر: المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1452) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 41).

ونظرًا إلىٰ أن الفقه الإسلامي لم يتناول إلا الرهن الحيازي، فقد جاءت أحكامه في هذا الصدد متعلقة بمدىٰ حق الدائن المرتهن في إدارة المال المرهون وقبض ثماره، وهو ما سنعرض له عند معالجة الرهن الحيازي (انظر: المادة (985) من مرشد الحيران

والمادة (750) من المجلة).

مادة (1048):

1- لا ينفذ الإيجار الصادر من الراهن في حق الدائن المرتهن، إلا إذا كان ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية، أما إذا لم يكن الإيجار ثابت التاريخ علىٰ هذا الوجه، أو كان قد عقد بعد تسجيل التنبيه ولم تعجل فيه الأجرة - فلا يكون نافذًا إلا إذا كان من أعمال الإدارة الحسنة.

2- وإذا كان الإيجار السابق علىٰ تسجيل التنبيه تزيد مدته علىٰ تسع سنوات - فلا يكون نافذًا في حق الدائن المرتهن إلا لمدة تسع سنوات، ما لم يكن قد سجل قبل قيد الرهن.

هذه المادة تطابق المادة (1045) من التقنين الحالي مع تعديل لفظي في الفقرة الأولىٰ.

وتقابل المادة (985) من التقنين الكويتي.

انظر: المادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1453)، وتعديلها في لجنة المراجعة، ومذكرتها الإيضاحية في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 42 - 44).

وحكم المادة المقترحة يقبله الفقه الإسلامي؛ لأن القيود الواردة فيه تهدف إلىٰ حماية مصلحة الدائن.

مادة (1049):

1- لا تكون المخالصة بالأجرة مقدمًا لمدة لا تزيد علىٰ ثلاث سنوات، ولا الحوالة بها كذلك - نافذة في حق الدائن المرتهن، إلا إذا كانت ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية.

2- أما إذا كانت المخالصة أو الحوالة لمدة تزيد علىٰ ثلاث سنوات، فإنها لا تكون نافذة في حق الدائن المرتهن، ما لم تكن مسجلة قبل قيد الرهن، وإلا خفضت المدة إلىٰ ثلاث سنوات مع مراعاة الحكم الوارد في الفقرة السابقة.

هذه المادة تطابق المادة (1046) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (986) من التقنين الكويتي.

انظر: المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1454)، وتعديلها في لجنة المراجعة في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 46 و 47).

وحكم المادة المقترحة يقبله الفقه الإسلامي؛ لأن القيود الواردة فيه كتلك التي وردت في المادة السابقة، تهدف إلىٰ حماية مصلحة الدائن.

مادة (1050): يلتزم الراهن بضمان سلامة الرهن، وللدائن المرتهن أن يعترض علىٰ كل عمل أو تقصير يكون من شأنه إنقاص ضمانه إنقاصًا كبيرًا، وله في حالة الاستعجال أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية، وأن يرجع علىٰ الراهن بما ينفق في ذلك.

هذه المادة تطابق المادة (1047) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (987) من التقنين الكويتي.

وتتفق مع المادة (1296) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (1337) من التقنين الأردني.

انظر: المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1455) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 49).

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (741) من المجلة علىٰ أنه: «إذا أتلف الراهن الرهن أو عيبه يضمن...» وقد ورد هذا الحكم في باب الرهن الحيازي، وهو يصرف كذلك إلىٰ الرهن الرسمي.

مادة (1051):

1- إذا تسبب الراهن بخطئه في هلاك العقار المرهون أو تلفه، كان الدائن المرتهن مخيرًا بين أن يقتضي تأمينًا كافيًا، أو يستوفي حقه فورًا.

2- فإذا كان الهلاك أو التلف قد نشأ عن سبب أجنبي، ولم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين، كان المدين مخيرًا بين أن يقدم تأمينًا كافيًا، أو أن يوفي الدين فورًا قبل حلول

الأجل.

3- وفي جميع الأحوال إذا وقعت أعمال من شأنها أن تعرض العقار المرهون للهلاك أو التلف، أو تجعله غير كاف للضمان - كان للدائن أن يطلب إلىٰ القاضي وقف هذه الأعمال، واتخاذ الوسائل التي تمنع وقوع الضرر.

هذه المادة تقابل المادة (1048) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- إذا تسبب الراهن بخطئه في هلاك العقار أو تلفه، كان الدائن المرتهن مخيرًا بين أن يقتضي تأمينًا كافيًا أو يستوفي حقه فورًا.

2- فإذا كان الهلاك أو التلف قد نشأ عن سبب أجنبي، ولم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين - كان المدين مخيرًا بين أن يقدم تأمينًا كافيًا، أو أن يوفي الدين فورًا قبل حلول الأجل، وفي الحالة الأخيرة إذا لم يكن للدين فوائد، فلا يكون للدائن حق إلا في استيفاء مبلغ يعادل قيمة الدين منقوصًا منها الفوائد بالسعر القانوني عن المدة ما بين تاريخ الوفاء وتاريخ حلول أجل الدين.

3- وفي جميع الأحوال إذا وقعت أعمال من شأنها أن تعرض العقار المرهون للهلاك أو التلف، أو تجعله غير كاف للضمان - كان للدائن أن يطلب إلىٰ القاضي وقف هذه الأعمال، واتخاذ الوسائل التي تمنع وقوع الضرر».

وقد عدلت الفقرة الثانية من هذه المادة بحذف السطر الأخير منها، وذلك جريًا علىٰ خطة المشروع في تحريم الربا.

انظر: المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1457) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 52 و 53).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (1338) من التقنين الأردني.

والفقرتان الأولىٰ والثانية منها تطابقان المادة (988) من التقنين الكويتي.

والفقرتان الأولىٰ والثانية منها تقابلان المادة (1297) من التقنين العراقي التي تتفق مع الفقرتين الأولىٰ والثانية من المادة (1048) من التقنين المصري الحالي.

وتتفق أحكام المادة المقترحة مع أحكام الفقه الإسلامي في هذا الصدد، فقد نصت

المادة (741) من المجلة علىٰ أنه: «إذا أتلف الراهن الرهن أو عيبه يضمن، وكذلك المرتهن إذا أتلفه أو عيبه يسقط من الدين مقدار قيمته». ونصت المادة (742) علىٰ أنه: «إذا أتلف الرهن شخص غير الراهن والمرتهن ضمن قيمته يوم إتلافه، وتكون القيمة رهنًا عند المرتهن».

مادة (1052): إذا هلك العقار المرهون أو تلف لأي سبب كان، انتقل الرهن بمرتبته إلىٰ الحق الذي يترتب علىٰ ذلك، كالتعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن الذي يقرر مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة.

هذه المادة تطابق المادة (1049) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (989) من التقنين الكويتي.

وتتفق مع المادة (1298) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (1339) من التقنين الأردني.

انظر: المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1458) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 54).

ويتفق حكم المادة المقترحة مع مبدأ مقرر في الفقه الإسلامي يقضي بأنه: «إذا بطل الأصل يصار إلىٰ البدل». (م 53 من المجلة) وقد نصت المادة (742) من المجلة علىٰ تطبيق لهذا الحكم، فقالت: «إذا أتلف الرهن شخص غير الراهن والمرتهن، ضمن قيمته يوم إتلافه، وتكون تلك القيمة رهنًا عند المرتهن».

2 – بالنسبة إلى الدائن المرتهن:

مادة (1053): إذا كان الراهن شخصًا آخر غير المدين، فلا يجوز التنفيذ علىٰ ماله إلا ما رهن من هذا المال، ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك.

هذه المادة تطابق المادة (1050) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (991/ 1) من التقنين الكويتي.

وتتفق مع المادة (1300) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (1340) من التقنين الأردني.

انظر: المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1459/ 2) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 62).

وحكم المادة المقترحة يقبله الفقه الإسلامي، فهو يحصر مسئولية الكفيل العيني في حدود ما رهنه من ماله.

مادة (1054):

1- للدائن بعد التنبيه علىٰ المدين بالوفاء أن ينفذ بحقه علىٰ العقار المرهون، ويطلب بيعه في المواعيد ووفقًا للأوضاع المقررة في قانون المرافعات.

2- وإذا كان الراهن شخصًا آخر غير المدين، جاز له أن يتفادىٰ أي إجراء موجه إليه، إذا هو تخلىٰ عن العقار المرهون وفقًا للأوضاع، وطبقًا للأحكام التي يتبعها الحائز في تخلية العقار.

هذه المادة تطابق المادة (1051) من التقنين الحالي.

وتتفق مع المادتين (990 و991/ 2) من التقنين الكويتي.

والفقرة الأولىٰ منها تتفق مع المادة (1299) من التقنين العراقي.

والفقرة الأولىٰ منها تتفق مع المادة (1342) من التقنين الأردني.

انظر: المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1460) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 61 و 62).

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (75) من المجلة علىٰ أنه: «إذا حل أجل الدين وامتنع الراهن من أدائه - فالحاكم يأمره ببيع الرهن وأداء الدين، فإن أبىٰ وعاند باعه الحاكم وأدىٰ الدين». وفي هذا المعنىٰ أيضًا: المادتان (1009 و1010) من مرشد الحيران.

مادة (1055): لا يغلق الرهن، فيقع باطلًا كل اتفاق يجعل للدائن الحق - عند

عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله - في أن يتملك العقار المرهون بالدين أو بأي ثمن كان، أو في أن يبيعه دون مراعاة الإجراءات التي فرضها القانون، ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن.

هذه المادة تقابل المادة (1052) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- يقع باطلًا كل اتفاق يجعل للدائن الحق - عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله - في أن يتملك العقار المرهون في نظير ثمن معلوم أيًّا كان، أو في أن يبيعه دون مراعاة للإجراءات التي فرضها القانون، ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن.

2- ولكن يجوز، بعد حلول الدين أو قسط منه، الاتفاق علىٰ أن ينزل المدين لدائنه عن العقار المرهون وفاءً لدينه».

وقد عدلت الفقرة الأولىٰ من هذه المادة، حيث أضيفت في بدايتها عبارة: «لا يغلق الرهن»، مأخوذة من حديث رسول الله ﷺ، وتعني: أن الرهن لا يملك بالدين. واستبدلت عبارة: «في أن يتملك العقار المرهون بالدين أو بأي ثمن كان» بعبارة: «في أن يتملك العقار المرهون في نظير ثمن معلوم أيًّا كان».

وحذفت الفقرة الثانية وقد قالت المذكرة الإيضاحية في شأنها إنه «إذا حل الدين فقد انعدمت شبهة استغلال الدائن المرتهن لحاجة الراهن، وأصبح هذا علىٰ بينة من الأمر، فيجوز الاتفاق حينئذٍ علىٰ أن ينزل الراهن للدائن عن العقار المرهون وفاءً للدين، أو علىٰ أن يشتري الدائن العقار بثمن معين أكبر أو أقل من الدين، أو علىٰ أن يباع العقار بالممارسة لا بالمزاد العلني». ولكن شبهة استغلال الدائن المرتهن لحاجة الراهن قد تظل قائمة، رغم حلول أجل الدين إذا لم يكن لدىٰ الراهن مال آخر غير العقار المرهون، ولذلك رئي حذف الفقرة المذكورة وترك الأمر للقواعد العامة.

والمادة المقترحة تطابق المادة (1301) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (992) من التقنين الكويتي.

والشطر الأول منها يتفق مع المادة (1343) من التقنين الأردني.

انظر وقارن: المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م

1461) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 61 و 62).

ويتفق الحكم الأساسي في المادة المقترحة، وهو الوارد في الشطر الأول منها مع أحكام الفقه الإسلامي فقد نصت المادة (858) من مرشد الحيران علىٰ أنه: «لا يصح اشتراط تمليك العين المرهونة للمرتهن في مقابلة دينه، إن لم يؤده الراهن في الأجل المعين لأدائه، بل يصح الرهن ويبطل الشرط».

ومصدر هذا الحكم ما روي عن النبي ﷺ من أنه قال: «لا يغلق الرهن، وهو لصاحبه الذي رهنه له غنمه، وعليه غرمه». وقد جاء في البدائع (ج 8 ص 3729) الناشر: زكريا علي يوسف، مطبعة الإمام بالقلعة - أن معنىٰ قوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «**لا يغلق الرهن**». أي: لا يملك بالدين. كذا قاله أهل اللغة: غلق الرهن، أي: ملك بالدين. وهذا كان حكمًا جاهليًّا فرده رسول الله ﷺ.

وجاء في المغني لابن قدامة (ج 4/ ص 430) في خصوص الشروط الفاسدة في عقد الرهن: وإن شرط أنه متىٰ حل الحق ولم يوفني فالرهن لي بالدين، أو فهو مبيع لي بالدين الذي عليك فهو شرط فاسد، روي ذلك عن ابن عمر، وشريح، والنخعي، ومالك، والثوري، والشافعي، وأصحاب الرأي... والأصل في ذلك ما روىٰ معاوية بن عبد الله بن جعفر قال: قال رسول الله ﷺ: «**لا يغلق الرهن**» رواه الأثرم... ولنا أنه رهن بشرط فاسد.

❋ ❋ ❋

الفرع الثاني
آثار الرهن بالنسبة إلى الغير

مادة (1056):

1- لا يكون الرهن نافذًا في حق الغير، إلا إذا قيد العقد أو الحكم المثبت للراهن قبل أن يكسب هذا الغير حقًّا عينيًّا علىٰ العقار، وذلك دون إخلال بالأحكام المقررة في الإفلاس.

2- ولا يصح التمسك قبل الغير بحوالة حق مضمون برهن مقيد، ولا التمسك

بالحق الناشئ من حلول شخص محل الدائن في هذا الحق بحكم القانون أو الاتفاق، ولا التمسك كذلك بالنزول عن مرتبة القيد لمصلحة دائن آخر، إلا إذا حصل التأشير بذلك في هامش القيد الأصلي.

هذه المادة تطابق المادة (1053) من التقنين الحالي، مع تعديل لفظي في الفقرة الثانية، وذلك بإحلال عبارة: «بحوالة حق مضمون برهن مقيد» محل عبارة: «بتحويل حق مضمون بقيد»، وإحلال كلمة: «بالنزول» محل كلمة: «بالتنازل».

وتطابق المادة (993) من التقنين الكويتي، مع بعض الاختلاف اللفظي.

وتتفق مع المادتين (1345 و 1347) من التقنين الأردني.

وأحكام المادة المقترحة يقبلها الفقه الإسلامي؛ لأنها تهدف إلىٰ تأمين الحقوق ورعاية المصلحة ودفع الضرر. فمن المبادئ المقررة فيه ألا ضرر ولا ضرار (م 19 من المجلة)، وأن التصرف علىٰ الرعية منوط بالمصلحة (م 58 من المجلة).

مادة (1057): تتبع في إجراء القيد وتجديده ومحوه وإلغاء المحو والآثار المترتبة علىٰ ذلك كله - الأحكام الواردة بقانون تنظيم الشهر العقاري أو قانون السجل العيني.

هذه المادة تطابق المادة (1054) من التقنين الحالي، مع إضافة عبارة: «أو قانون السجل العيني»، وذلك لكي تتبع أحكامه حين يصبح نافذًا.

والسند الشرعي لها ما تقدم ذكره تحت المادة السابقة.

مادة (1058): مصروفات القيد وتجديده ومحوه علىٰ الراهن، ما لم يتفق علىٰ غير ذلك.

هذه المادة تطابق المادة (1055) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (999) من التقنين الكويتي.

انظر: المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م

1476) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 78).

والسند الشرعي للمادة المقترحة أن مصروفات الدين تكون علىٰ المدين؛ إذ إن الراهن يكون في أغلب الأحوال هو المدين.

1 - حق التقدم:

مادة (1059): يستوفي الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون، أو من المال الذي حل محل هذا العقار، بحسب مرتبة كل منهم، ولو كانوا قد أجروا القيد في يوم واحد.

هذه المادة تطابق المادة (1056) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (1304) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (1000) من التقنين الكويتي.

وتتفق مع المادة (1348/ 1) من التقنين الأردني.

انظر: المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1477) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 88 و89).

والمبدأ الشرعي العام الذي تستند إليه أحكام المادة المقترحة هو تأمين التعامل وتحقيق المساواة بين الدائنين، وتنهض بهذا المبدأ نصوص شرعية عديدة، فقد نصت المادة (58) من المجلة علىٰ أن: «التصرف علىٰ الرعية منوط بالمصلحة». ونصت المادة (53) من المجلة علىٰ أنه: «إذا بطل الأصل يصار إلىٰ البدل». ونصت المادة (757) من المجلة علىٰ أنه: «إذا حل أجل الدين وامتنع الراهن عن أدائه، فالحاكم يأمره ببيع الرهن وأداء الدين». (فإن أبىٰ وعاند باعه الحاكم وأدىٰ الدين». وفي هذا المعنىٰ أيضًا المادتان (1009 و1010) من مرشد الحيران).

مادة (1060): تحسب مرتبة الرهن من وقت قيده، ولو كان الدين المضمون بالرهن معلقًا علىٰ شرط، أو كان دينًا مستقبلًا أو احتماليًّا.

هذه المادة تطابق المادة (1057) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (1001) من التقنين الكويتي.

وتتفق مع المادة (1350) من التقنين الأردني.

انظر: فيما يتعلق بالسند الشرعي للمادة المقترحة ما تقدم ذكره تحت المادة السابقة.

مادة (1061): يترتب علىٰ قيد الرهن إدخال مصروفات العقد والقيد والتجديد في التوزيع، وفي مرتبة الرهن ذاتها.

هذه المادة تقابل المادة (1058) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- يترتب علىٰ قيد الرهن إدخال مصروفات العقد والقيد والتجديد إدخالًا ضمنيًّا في التوزيع، وفي مرتبة الرهن نفسها.

2- وإذا ذكر سعر الفائدة في العقد، فإنه يترتب علىٰ قيد الرهن أن يدخل في التوزيع مع أصل الدين، وفي نفس مرتبة الرهن فوائد السنتين السابقتين علىٰ تسجيل تنبيه نزع الملكية، والفوائد التي تستحق من هذا التاريخ إلىٰ يوم رسو المزاد، دون مساس بالقيود الخاصة التي تؤخذ ضمانًا لفوائد أخرىٰ قد استحقت، والتي تحسب مرتبتها من وقت إجرائها، وإذا سجل أحد الدائنين تنبيه نزع الملكية، انتفع سائر الدائنين بهذا التسجيل».

وقد أدخلت تعديلات لفظية علىٰ الفقرة الأولىٰ من هذه المادة.

وحذفت الفقرة الثانية، جريًا علىٰ خطة المشروع في تحريم الربا.

انظر: المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م1479/ 1) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 88 و89).

والمادة المقترحة تطابق المادة (1002) من التقنين الكويتي.

وتتفق مع المادة (1351) من التقنين الأردني.

والسند الشرعي للمادة المقترحة أن مصروفات العقد والقيد والتجديد تعتبر من ملحقات الدين المضمون بالرهن، والقاعدة أن: «التابع تابع». (م 47 من المجلة).

مادة (1062): للدائن المرتهن أن ينزل عن مرتبة رهنه، في حدود الدين المضمون

بهذا الرهن، لمصلحة دائن آخر له رهن مقيد علىٰ العقار ذاته، ويجوز التمسك قبل هذا الدائن الآخر بجميع أوجه الدفع التي يجوز التمسك بها قبل الدائن الأول، عدا ما كان منها متعلقًا بانقضاء حق هذا الدائن الأول، إذا كان هذا الانقضاء لاحقًا للنزول عن المرتبة.

هذه المادة تطابق المادة (1059) من التقنين الحالي، مع تعديل لفظي طفيف.

وتطابق المادة (1003) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (1349) من التقنين الأردني.

انظر: المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1482) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 91).

والمبدأ الشرعي الذي تستند إليه المادة المقترحة - هو تأمين التعامل وتحقيق المساواة بين الدائنين، وقد نصت المادة (58) من المجلة علىٰ أن: «التصرف علىٰ الرعية منوط بالمصلحة».

2- حق التتبع:

مادة (1063):

1- يجوز للدائن المرتهن - عند حلول أجل الدين - أن ينزع ملكية العقار المرهون في يد الحائز لهذا العقار، إلا إذا اختار الحائز أن يقضي الدين، أو يطهر العقار من الرهن، أو يتخلىٰ عنه.

2- ويعتبر حائزًا للعقار المرهون كل من انتقلت إليه - بأي سبب من الأسباب غير الميراث - ملكية هذا العقار، أو أي حق عيني آخر عليه قابل للرهن، دون أن يكون مسئولًا مسئولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن.

هذه المادة تطابق المادة (1060) من التقنين الحالي، مع إضافة عبارة: «غير الميراث» في الفقرة الثانية بعد عبارة: «بأي سبب من الأسباب».

وسبب هذه الإضافة أن الوارث - شأنه شأن المورث - يكون مسئولًا مسئولية

شخصية عن الدين المضمون بالرهن، ولكن في حدود ما آل إليه من أموال التركة، وليس صحيحًا ما تقوله المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1483) من أن: «المبدأ القاضي بألا تركة إلا بعد سداد الدين، من شأنه ألا يجعل ملكية العقار المرهون تنتقل إليه (الوارث) من المورث إلا بعد سداد الدين المضمون بالرهن، أي بعد زوال الرهن، فلا محل إذًا لأن يكون حائزًا لعقار مرهون». (مجموعة الأعمال التحضيرية، ج 7/ ص 94 و95). ذلك أن المبدأ القاضي بألا تركة إلا بعد سداد الدين، يعني أن أموال التركة لا تخلص للورثة خلوصًا تامًّا، إلا بعد سداد الدين، فهذه الأموال تنتقل ملكيتها إلىٰ الورثة فور موت المورث محملة بديون التركة، ومن ثم يكون الوارث مسئولًا مسئولية شخصية عن دين التركة في حدود ما آل إليه من هذه الأموال، ومن أجل هذا لا يعتبر حائزًا، ويخلص من هذا أن عدم اعتبار الوارث حائزًا لا يرجع إلىٰ أنه لا يتملك العقار المرهون إلا بعد سداد الدين، بل يرجع إلىٰ أنه مسئول مسئولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن.

وقد نصت المادة (205) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام الشافعي علىٰ أن: «تركة المدين مرهونة بديونه حتىٰ تسدد». وجاء في مذكرة هذه المادة ما يأتي: والصحيح أن تعلق الدين بالتركة لا يمنع الإرث؛ لأنه ليس في الإرث المقيد للملك أكثر من تعلق الدين بالموروث تعلق رهن، وذلك لا يمنع الملك في المرهون.

والمادة المقترحة تطابق المادة (1004) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (1306) من التقنين العراقي.

وتقابل المواد (1352 - 1354) من التقنين الأردني.

وفي الفقه الإسلامي: انظر المادة (757) من المجلة - وقد تقدم ذكرها -، وانظر كذلك المادتين 1009 و 1010 من مرشد الحيران.

مادة (1064): يجوز للحائز، عند حلول الدين المضمون بالرهن - أن يقضيه هو وملحقاته، بما في ذلك ما صرف في الإجراءات من وقت إنذاره بدفع الدين، ويبقىٰ حقه هذا قائمًا إلىٰ يوم رسو المزاد، ويكون له في هذه الحالة أن يرجع بكل ما يوفيه

علىٰ المدين وعلىٰ من تلقىٰ منه الحق، كما يكون له أن يحل محل الدائن الذي استوفىٰ الدين فيما له من حقوق، إلا ما كان منها متعلقًا بتأمينات قدمها شخص آخر غير المدين.

هذه المادة تطابق المادة (1061) من التقنين الحالي، مع إدخال تعديلات لفظية، حيث أضيفت عبارة: «بدفع الدين» بعد كلمة: «إنذاره»، واستبدلت عبارة: «وعلىٰ من تلقىٰ منه الحق»، بعبارة: «وعلىٰ المالك السابق للعقار المرهون».

والمادة المقترحة تطابق المادة (1006) من التقنين الكويتي.

وتتفق مع المادة (1307) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (1355) من التقنين الأردني.

انظر: المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1484) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 101 و102).

والسند الشرعي للمادة المقترحة أن أحكامها تهدف إلىٰ تأمين التعامل وحماية مصلحة الحائز الذي قدم عونًا للمدين، وقد نصت المادة (757) من المجلة علىٰ أنه: «إذا حل أجل الدين وامتنع الراهن من أدائه، فالحاكم يأمره ببيع الرهن وأداء الدين، فإن أبىٰ وعاند باعه الحاكم وأدىٰ الدين». ومن ثم يكون للحائز أن يقضي الدين لكي يتلافىٰ بيع الرهن، وقد نصت المادة (58) من المجلة علىٰ أن: «التصرف علىٰ الرعية منوط بالمصلحة».

مادة (1065): يجب علىٰ الحائز أن يحتفظ بقيد الرهن الذي حل فيه محل الدائن، وأن يجدده عند الاقتضاء، وذلك إلىٰ أن تمحىٰ القيود التي كانت موجودة علىٰ العقار وقت تسجيل سند هذا الحائز.

هذه المادة تطابق المادة (1062) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (1007) من التقنين الكويتي.

انظر: المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م

1485) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 101).

والسند الشرعي للمادة المقترحة أن حكمها يهدف إلىٰ حماية مصلحة الحائز، والتصرف علىٰ الرعية منوط بالمصلحة (م 58 من المجلة).

مادة (1066):

1- إذا كان في ذمة الحائز، بسبب امتلاكه للعقار المرهون، مبلغ مستحق الأداء يكفي لوفاء جميع الدائنين المقيدة حقوقهم علىٰ العقار - فلكل من هؤلاء الدائنين أن يجبره علىٰ الوفاء بحقه، بشرط أن يكون سند ملكيته قد سجل.

2- فإذا كان الدين الذي في ذمة الحائز غير مستحق الأداء، أو كان أقل من الديون المستحقة للدائنين، أو مغايرًا لها - جاز للدائنين إذا اتفقوا جميعًا أن يطالبوا الحائز بالوفاء بما في ذمته بقدر ما هو مستحق لهم، ويكون الوفاء طبقًا للشروط التي التزم الحائز في أصل تعهده أن يفي بمقتضاها، وفي الأجل المتفق علىٰ الوفاء به.

3- وفي كلتا الحالتين لا يجوز للحائز أن يتخلص من التزامه بالوفاء للدائنين بتخليه عن العقار، ولكن إذا أوفىٰ لهم فإن العقار يعتبر خالصًا من كل رهن، ويكون للحائز الحق في طلب محو ما علىٰ العقار من قيود.

هذه المادة تطابق المادة (1063) من التقنين الحالي، مع تعديلات لفظية.

وتطابق المادة (1008) من التقنين الكويتي.

انظر: المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1486) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 102).

والسند الشرعي للمادة المقترحة أن أحكامها تهدف إلىٰ حماية مصلحة الدائنين مع المحافظة في الوقت ذاته علىٰ مصلحة الحائز، والتصرف علىٰ الرعية منوط بالمصلحة (م 58 من المجلة).

مادة (1067):

1- يجوز للحائز أن يطهر العقار من كل رهن تم قيده قبل أن يكسب حقه علىٰ هذا العقار.

2- وللحائز أن يستعمل هذا الحق حتىٰ قبل أن يوجه الدائنون التنبيه إلىٰ المدين، أو الإنذار إلىٰ هذا الحائز، ويبقىٰ هذا الحق قائمًا إلىٰ يوم إيداع قائمة شروط البيع.

هذه المادة تقابل المادة (1064) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- يجوز للحائز - إذا سجل سند ملكيته - أن يطهر العقار من كل رهن تم قيده قبل تسجيل هذا السند.

2- وللحائز أن يستعمل هذا الحق حتىٰ قبل أن يوجه الدائنون التنبيه إلىٰ المدين، أو الإنذار إلىٰ هذا الحائز، ويبقىٰ هذا الحق قائمًا إلىٰ يوم إيداع قائمة شروط البيع».

وقد عدلت الفقرة الأولىٰ من هذه المادة بالنص علىٰ أن تكون الرهون التي يطهر الحائز العقار منها قد تم قيدها قبل أن يكسب هذا الحائز حقه علىٰ العقار، بدلًا من النص علىٰ أن تكون هذه الرهون قد تم قيدها قبل تسجيل سند الحائز، وذلك لكي يشمل النص جميع الأسباب التي يكسب بها الحائز حقه علىٰ العقار بما فيها كسب الحق بمقتضىٰ الحيازة في حالة عدم سماع الدعوىٰ.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1487) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 117 و 118).

والمادة المقترحة تقابل المادة (1308/ 1) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (1356) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (1009) من التقنين الكويتي.

والفقه الإسلامي يقبل حكم المادة المقترحة، لأنه يتيح للحائز أن يختار تطهير العقار من الرهون إذا قدر أن ذلك في مصلحته، والتصرف علىٰ الرعية منوط بالمصلحة (م 58 من المجلة).

مادة (1068):

1- إذا أراد الحائز تطهير العقار، وجب عليه أن يوجه إلىٰ كل من الدائنين المقيدة حقوقهم، في موطنه المختار المذكور في القيد، إعلانًا يشتمل علىٰ البيانات الآتية:

(أ) خلاصة من سند ملكية الحائز تقتصر علىٰ بيان نوع التصرف الصادر إليه،

وتاريخه، واسم المالك السابق للعقار مع تعيين هذا المالك تعيينًا دقيقًا، وتعيين العقار ومحله تعيينًا كافيًا، وإذا كان التصرف بيعًا يذكر كذلك الثمن، وما عسىٰ أن يوجد من تكاليف تعتبر جزءًا من هذا الثمن.

(ب) تاريخ كسب الحائز حقه علىٰ العقار، ورقم التسجيل إن كان سنده مسجلًا.

(ج) المبلغ الذي يقدره الحائز قيمة للعقار، ولو كان التصرف الصادر إليه بيعًا، ويجب ألا يقل هذا المبلغ عن الباقي في ذمة الحائز من ثمن العقار إذا كان التصرف بيعًا، وإذا كانت أجزاء العقار مثقلة برهون مختلفة - وجب تقدير قيمة كل جزء علىٰ حدة.

(د) قائمة بالحقوق التي تم قيدها علىٰ العقار قبل أن يكسب الحائز حقه، تشتمل علىٰ بيان تاريخ هذه القيود، ومقدار هذه الحقوق، وأسماء الدائنين.

2- وعلىٰ الحائز أن يذكر في الإعلان ذاته أنه مستعد أن يوفي في الحال الديون إلىٰ القدر الذي قوم به العقار، أيًّا كان ميعاد استحقاقها.

هذه المادة تقابل المادتين (1065 و 1066) من التقنين الحالي.

فالمادة (1065) من هذا التقنين تنص على ما يأتي:

«إذا أراد الحائز تطهير العقار، وجب عليه أن يوجه إلىٰ الدائنين المقيدة حقوقهم، في مواطنهم المختارة المذكورة في القيد، إعلانات تشتمل علىٰ البيانات الآتية:

(أ) خلاصة من سند ملكية الحائز، تقتصر علىٰ بيان نوع التصرف، وتاريخه، واسم المالك السابق للعقار مع تعيين هذا المالك تعيينًا دقيقًا، ومحل العقار مع تعيينه وتحديده بالدقة، وإذا كان التصرف بيعًا يذكر أيضًا الثمن، وما عسىٰ أن يوجد من تكاليف تعتبر جزءًا من هذا الثمن.

(ب) تاريخ تسجيل ملكية الحائز، ورقم هذا التسجيل.

(ج) المبلغ الذي يقدره الحائز قيمة للعقار، ولو كان التصرف بيعًا، ويجب ألا يقل هذا المبلغ عن السعر الذي يتخذ أساسًا لتقدير الثمن في حالة نزع الملكية، ولا أن يقل في أي حال عن الباقي في ذمة الحائز من الثمن، إذا كان التصرف بيعًا، وإذا كانت أجزاء العقار مثقلة برهون مختلفة، وجب تقدير قيمة كل جزء علىٰ حدة.

(د) قائمة بالحقوق التي تم قيدها علىٰ العقار قبل تسجيل سند الحائز، تشتمل علىٰ بيان تاريخ هذه القيود ومقدار هذه الحقوق، وأسماء الدائنين».

والمادة (1066) من هذا التقنين تنص علىٰ ما يأتي: «يجب علىٰ الحائز أن يذكر في الإعلان أنه مستعد أن يوفي الديون المقيدة إلىٰ القدر الذي قوم به العقار، وليس عليه أن يصحب العرض بالمبلغ نقدًا، بل ينحصر العرض في إظهار استعداده للوفاء بمبلغ واجب الدفع في الحال، أيًّا كان ميعاد الديون المقيدة».

وقد أدمجت هاتان المادتان في مادة واحدة علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة.

وأدخلت تعديلات لفظية، إما باستبدال تعبير بآخر، أو بحذف تعبير لا لزوم له.

وعدل البند (ب) بالنص علىٰ تاريخ كسب الحائز حقه علىٰ العقار ورقم التسجيل، إن كان سنده مسجلًا، بدلًا من النص علىٰ تاريخ تسجيل ملكية الحائز ورقم هذا التسجيل، وذلك؛ لكي يشمل النص جميع الأسباب التي يكسب بها الحائز حقه علىٰ العقار، بما فيها كسب الحق بمقتضىٰ الحيازة عند عدم سماع الدعوىٰ.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادتين المقابلتين في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1488 و 1489) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 118 و 119).

والمادة المقترحة تقابل المادة (1308/ 2 و3) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (1356) من التقنين الأردني.

وتقابل المادتين (1010 و1011) من التقنين الكويتي.

والسند الشرعي للمادة المقترحة أن ما تقضي به هو من قبيل الأحكام التنظيمية التي تتعلق بتطهير العقار، حينما يريده الحائز مقدرًا أنه في مصلحته، والتصرف علىٰ الرعية منوط بالمصلحة (م 58 من المجلة).

مادة (1069):

1- يجوز لكل دائن قيد حقه، ولكل كفيل لحق مقيد - أن يطلب بيع العقار المطلوب تطهيره، ويكون ذلك في مدىٰ ثلاثين يومًا من آخر إعلان رسمي، يضاف إليها مواعيد المسافة بين الموطن الأصلي للدائن وموطنه المختار، علىٰ ألا تزيد مواعيد المسافة علىٰ ثلاثين يومًا أخرىٰ.

2- ويكون الطلب بإعلان يوجه إلىٰ الحائز وإلىٰ المالك السابق، ويوقعه الطالب أو من يوكله في ذلك توكيلًا خاصًّا، ويجب أن يودع الطالب خزانة المحكمة مبلغًا كافيًا لتغطية مصروفات البيع بالمزاد، ولا يجوز أن يسترد ما استغرق منه في المصروفات إذا لم يرس المزاد بثمن أعلىٰ من المبلغ الذي عرضه الحائز، ويكون الطلب باطلًا إذا لم يستوف هذه الشروط.
3- ولا يجوز للطالب أن يتنحىٰ عن طلبه، إلا بموافقة جميع الدائنين وجميع الكفلاء.

هذه المادة تطابق المادتين (1067 و1068) من التقنين الحالي، حيث رئي الجمع بينهما في المادة المقترحة، نظرًا لارتباطهما.

وتطابق المادة (1012) من التقنين الكويتي.

وتتفق مع المادة (1309) من التقنين العراقي.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادتين المقابلتين في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1490 و1491) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 119).

والسند الشرعي للمادة المقترحة أن الغاية منها حماية مصلحة الدائنين والكفلاء، إذا قدروا أن تطهير العقار ليس في مصلحتهم، والتصرف علىٰ الرعية منوط بالمصلحة (م 58 من المجلة).

مادة (1070):

1- إذا طلب أحد المذكورين في المادة السابقة بيع العقار - وجب اتباع الإجراءات المقررة في البيوع الجبرية، ويتم البيع بناءً علىٰ طلب أحدهم، أو بناءً علىٰ طلب الحائز، ويعتبر المبلغ الذي عرضه الحائز قيمة للعقار هو الثمن الأساسي الذي يجب ذكره في قائمة شروط البيع وإعلاناته.

2- ويلتزم الراسي عليه المزاد أن يرد إلىٰ الحائز الذي نزعت ملكيته المصروفات التي أنفقها في سند ملكيته وفي تسجيل هذا السند وفيما قام به من الإعلانات، وذلك إلىٰ جانب التزامه بالثمن الذي رسا به المزاد، وبالمصروفات التي اقتضتها إجراءات التطهير.

هذه المادة تقابل المادة (1069) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- إذا طلب بيع العقار، وجب اتباع الإجراءات المقررة في البيوع الجبرية ويتم البيع بناءً علىٰ طلب صاحب المصلحة في التعجيل من طالب أو حائز، وعلىٰ من يباشر الإجراءات أن يذكر في إعلانات البيع المبلغ الذي قوم به العقار.

2- ويلتزم الراسي عليه المزاد أن يرد إلىٰ الحائز الذي نزعت ملكيته المصروفات التي أنفقها في سند ملكيته وفي تسجيل هذا السند وفيما قام به من الإعلانات، وذلك إلىٰ جانب التزامه بالثمن الذي رسا به المزاد وبالمصروفات التي اقتضتها إجراءات التطهير».

وقد عدلت الفقرة الأولىٰ من هذه المادة علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة بما يتسق مع أحكام قانون المرافعات.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1492) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 119).

والمادة المقترحة تقابل المادة (1310) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (1013) من التقنين الكويتي التي تطابق الفقرة الأولىٰ من المادة (1069) من التقنين المصري الحالي.

وأحكام المادة المقترحة لا تتعارض مع أحكام الفقه الإسلامي، فهي تتضمن إجراءات تنظيمية تتبع في حالة بيع العقار المرهون، كما تحدد الالتزامات التي تقع علىٰ من يرسو عليه المزاد.

مادة (1071): إذا لم يطلب بيع العقار في الميعاد وبالأوضاع المقررة، أو طلب البيع ولكن لم يعرض في المزاد ثمن أعلىٰ من المبلغ الذي عرضه الحائز - استقرت ملكية العقار نهائيًّا للحائز خالصة من كل حق مقيد. إذا هو وفىٰ المبلغ الذي قوم به العقار للدائنين الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم منه، أو إذا هو أودع هذا المبلغ خزانة المحكمة.

هذه المادة تقابل المادة (1070) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «إذا لم يطلب بيع العقار في الميعاد وبالأوضاع المقررة - استقرت ملكية العقار نهائيًّا للحائز،

خالصة من كل حق مقيد، إذا هو دفع المبلغ الذي قوم به العقار للدائنين الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم منه، أو إذا هو أودع هذا المبلغ خزانة المحكمة».

وقد أدخل علىٰ هذه المادة تعديل لفظي.

وعدلت بإضافة ما يفيد سريان حكمها أيضًا إذا «طلب البيع ولكن لم يعرض في المزاد ثمن أعلىٰ من المبلغ الذي عرضه الحائز». وقد كانت المادة المقابلة في المشروع التمهيدي (م 1493) تتضمن هذه العبارة، ولكن حذفتها لجنة المراجعة مع أهميتها.

انظر المادة (1493) من المشروع التمهيدي ومذكرتها الإيضاحية في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 119 و120).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (1311) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (1014) من التقنين الكويتي.

والمادة المقترحة لا تتعارض مع أحكام الفقه الإسلامي فحكمها نتيجة طبيعية للإجراءات التنظيمية التي تقدمت الإشارة إليها.

مادة (1072):

1- تكون تخلية العقار المرهون بتقرير يقدمه الحائز إلىٰ قلم المحكمة الابتدائية المختصة، ويجب عليه أن يطلب التأشير بذلك في هامش تسجيل التنبيه بنزع الملكية، وأن يعلن الدائن المباشر للإجراءات بهذه التخلية في خلال خمسة أيام من وقت التقرير بها.

2- ويجوز لمن له مصلحة في التعجيل أن يطلب إلىٰ قاضي الأمور المستعجلة تعيين حارس تتخذ في مواجهته إجراءات نزع الملكية، ويعين الحائز حارسًا إذا طلب ذلك.

هذه المادة تطابق المادة (1071) من التقنين الحالي.

وتتفق مع المادة (1015) من التقنين الكويتي.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1494) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 122).

ولا يتعارض حكم المادة المقترحة مع أحكام الفقه الإسلامي، فهو يتضمن إحدىٰ الخيارات المتاحة للحائز، وهو تخلية العقار، ويبين الإجراءات التي تتبع في هذه الحالة.

مادة (1073): إذا لم يختر الحائز أن يقضي الديون المقيدة، أو يطهر العقار من الرهن أو يتخلىٰ عن العقار - فلا يجوز للدائن المرتهن أن يتخذ في مواجهته إجراءات نزع الملكية وفقًا لأحكام قانون المرافعات، إلا بعد إنذاره بدفع الدين المستحق أو تخلية العقار. ويكون الإنذار بعد التنبيه علىٰ المدين بنزع الملكية أو مع هذا التنبيه في وقت واحد ويجب أن يكون الإنذار مصحوبًا بتبليغ التنبيه إلىٰ الحائز.

هذه المادة تطابق المادة (1072) من التقنين الحالي، مع إضافة العبارة الأخيرة فيها؛ تمشيًا مع أحكام قانون المرافعات.

وتتفق مع المادة (1016) من التقنين الكويتي، فيما عدا العبارة الأخيرة المضافة.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1495) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 127).

والسند الشرعي للمادة المقترحة أن حكمها من قبيل الإجراءات التنظيمية التي تتبع في حالة سكوت الحائز عن الخيارات المتاحة له.

مادة (1074):

1- يجوز للحائز إذا لم يكن طرفًا في الدعوىٰ التي حكم فيها علىٰ المدين بالدين - أن يتمسك بأوجه الدفع التي كان للمدين أن يتمسك بها، إذا كان الحكم بالدين لاحقًا لكسب الحائز حقه.

2- ويجوز للحائز - في جميع الأحوال - أن يتمسك بالدفوع التي لا يزال للمدين بعد الحكم بالدين حق التمسك بها.

هذه المادة تقابل المادة (1073) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- يجوز للحائز الذي سجل سند ملكيته ولم يكن طرفًا في الدعوىٰ التي حكم فيها علىٰ المدين بالدين - أن يتمسك بأوجه الدفع التي كان للمدين أن يتمسك بها، إذا

كان الحكم بالدين لاحقًا لتسجيل سند الحائز.

2- ويجوز للحائز - في جميع الأحوال - أن يتمسك بالدفوع التي لا يزال للمدين بعد الحكم بالدين حق التمسك بها».

وقد أدخل علىٰ الفقرة الأولىٰ من هذه المادة تعديل لفظي، واستبدلت عبارة: «إذا كان الحكم بالدين لاحقًا لكسب الحائز حقه» بعبارة: «إذا كان الحكم بالدين لاحقًا لتسجيل سند الحائز»؛ وذلك لكي تشمل العبارة المختارة جميع الحالات التي يكسب فيها الحائز حقه قبل الحكم بالدين علىٰ المدين، ولم يكن طرفًا في الدعوىٰ، سواء كان هذا الكسب بمقتضىٰ سند مسجل، أو بمقتضىٰ الحيازة عند عدم سماع الدعوىٰ.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1496) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 127 و 128).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (1005) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (1362) من التقنين الأردني.

والسند الشرعي للمادة المقترحة أن حكمها يراد به المحافظة علىٰ حقوق الحائز.

مادة (1075):

1- يحق للحائز أن يدخل في المزاد، بشرط ألا يعرض فيه ثمنًا أقل من الباقي في ذمته من ثمن العقار الجاري بيعه.

2- فإذا رسا المزاد علىٰ الحائز، اعتبر مالكًا للعقار بمقتضىٰ سند ملكيته الأصلي، ويتطهر العقار من كل حق مقيد إذا أوفىٰ الحائز الثمن الذي رسا به المزاد أو أودعه خزانة المحكمة.

3- أما إذا رسا المزاد علىٰ شخص آخر غير الحائز، فإن هذا الشخص يتلقىٰ حقه من الحائز بمقتضىٰ حكم رسو المزاد، ويعود للحائز ما كان له، قبل انتقال ملكية العقار إليه، من حقوق ارتفاق وحقوق عينية أخرىٰ.

الفقرة الأولىٰ من هذه المادة تطابق المادة (1074) من التقنين الحالي، مع تعديل لفظي طفيف.

والفقرة الثانية من هذه المادة تتفق مع المادة (1075) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «إذا نزعت ملكية العقار المرهون، ولو كان ذلك بعد اتخاذ إجراءات التطهير أو التخلية، ورسا المزاد علىٰ الحائز نفسه - اعتبر هذا مالكًا للعقار بمقتضىٰ سند ملكيته الأصلي، ويتطهر العقار من كل حق مقيد إذا دفع الحائز الثمن الذي رسا به المزاد، أو أودعه خزانة المحكمة». وقد عدلت صياغة هذا النص علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة.

والفقرة الثالثة من هذه المادة تتفق مع المادتين (1076 و1078) من التقنين الحالي، فالمادة (1076) تنص علىٰ ما يأتي: «إذا رسا المزاد في الأحوال المتقدمة علىٰ شخص آخر غير الحائز - فإن هذا الشخص الآخر يتلقىٰ حقه عن الحائز بمقتضىٰ مرسىٰ المزاد». وقد عدلت صياغة هذا النص في الفقرة المذكورة بما يتفق مع صياغة المادة المقترحة.

والمادة (1078) تنص علىٰ ما يأتي: «يعود للحائز ما كان له قبل انتقال ملكية العقار إليه، من حقوق ارتفاق وحقوق عينية أخرىٰ». والتي تطابق الشطر الأخير من الفقرة المذكورة.

حيث رئي إدماج هذه المواد جميعها في المادة المقترحة، نظرًا لما بينها من ارتباط.

انظر المذكرة الإيضاحية للمواد المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1497 و 1498 و 1500) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 141 و142).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (1313) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادتين (1358 و 1359) من التقنين الأردني.

وتتفق مع المواد (1017 و 1018 و 1019) من التقنين الكويتي.

والسند الشرعي لها أنها تتكفل ببيان حقوق ذوي الشأن عند بيع العقار المرهون بالمزاد؛ تأمينًا للتعامل وحفاظًا علىٰ هذه الحقوق.

مادة (1076): إذا زاد الثمن الذي رسا به المزاد علىٰ ما هو مستحق للدائنين المقيدة حقوقهم - كانت الزيادة للحائز، وكان للدائنين المرتهنين من الحائز أن

يستوفوا حقوقهم من هذه الزيادة.

هذه المادة تطابق المادة (1077) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (1020) من التقنين الكويتي.

وتتفق مع المادة (1314) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (1361) من التقنين الأردني.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م(1499) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 141 و 142).

والسند الشرعي للمادة المقترحة أنها تتكفل ببيان حقوق الحائز والدائنين عند رسو المزاد بثمن يزيد عما هو مستحق للدائنين.

مادة (1077): الحائز مسئول شخصيًّا قبل الدائنين عما يصيب العقار من تلف بخطئه.

هذه المادة تطابق المادة (1081) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (1023) من التقنين الكويتي.

والسند الشرعي لها أن الهدف من حكمها هو المحافظة علىٰ حقوق الدائنين، وهو ما يوليه الفقه الإسلامي أهمية خاصة.

مادة (1078):

1- يرجع الحائز بدعوىٰ الضمان علىٰ المالك السابق في الحدود التي يرجع بها الخلف علىٰ من تلقىٰ منه الملكية معاوضة أو تبرعًا.

2- ويرجع الحائز أيضًا علىٰ المدين بما دفعه زيادة علىٰ ما هو مستحق في ذمته بمقتضىٰ سند ملكيته، أيًّا كان السبب في دفع هذه الزيادة، ويحل محل الدائنين الذين وفاهم حقوقهم، وبوجه خاص يحل محلهم فيما لهم من تأمينات قدمها المدين، دون التأمينات التي قدمها شخص آخر غير المدين.

هذه المادة تطابق المادة 1080 من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (1363) من التقنين الأردني.

وتتفق مع المادة (1022) من التقنين الكويتي.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1502) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 142).

والسند الشرعي للمادة المقترحة أنها تحافظ علىٰ حقوق الحائز حين يخرج العقار من ملكه إلىٰ يد من رسا عليه المزاد.



الفصل الثالث
انقضاء الرهن الرسمي

مادة (1079): ينقضي الرهن الرسمي بانقضاء الدين المضمون، ويعود معه إذا زال السبب الذي انقضىٰ به الدين، دون إخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها في الفترة ما بين انقضاء الرهن وعودته.

هذه المادة تطابق المادة (1082) من التقنين الحالي، مع استبدال كلمة: «الرهن» في نهايتها بكلمة: «الحق»؛ توضيحًا لما هو مقصود.

وتطابق المادة (1024) من التقنين الكويتي.

وتتفق مع المادة (1315/ 1) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (1364) من التقنين الأردني.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1504) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 148 و 149).

والسند الشرعي للمادة المقترحة أن الرهن تابع للدين المضمون.

والقاعدة الشرعية أن: «التابع تابع» (م 47 من المجلة)، وكذلك المحافظة علىٰ حقوق الدائنين الذين ترتبت لهم حقوق عينية تبعية كرهن ثانٍ مثلًا في الفترة ما بين انقضاء الرهن وعودته.

مادة (1080): إذا تمت إجراءات التطهير انقضىٰ الرهن الرسمي نهائيًّا ولو زالت لأي سبب من الأسباب ملكية الحائز الذي طهر العقار.

هذه المادة تطابق المادة (1083) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (1025) من التقنين الكويتي.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1505) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 150).

والسند الشرعي للمادة المقترحة أن ما تقضي به يهدف إلىٰ تأمين التعامل واستقرار الأوضاع بعد تطهير العقار المرهون.

مادة (1081): إذا بيع العقار المرهون بيعًا جبريًّا بالمزاد العلني، سواء كان ذلك في مواجهة مالك العقار أو الحائز أو الحارس الذي سلم إليه العقار عند التخلية - فإن حقوق الرهن علىٰ هذا العقار تنقضي بشهر حكم رسو المزاد، أو التأشير به وإيداع الثمن الذي رسا به المزاد، أو دفعه إلىٰ الدائنين المقيدين الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن.

هذه المادة تقابل المادة (1084) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «إذا بيع العقار المرهون بيعًا جبريًّا بالمزاد العلني، سواء كان ذلك في مواجهة مالك العقار أو الحائز أو الحارس الذي سلم إليه العقار عند التخلية - فإن حقوق الرهن علىٰ هذا العقار تنقضي بإيداع الثمن الذي رسا به المزاد، أو بدفعه إلىٰ الدائنين المقيدين الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن».

وقد عدل هذا النص بما يفيد أن حقوق الرهن علىٰ العقار تنقضي بشهر حكم رسو المزاد، أو التأشير به وإيداع الثمن الذي رسا به المزاد، أو دفعه إلىٰ الدائنين المقيدين الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن، وذلك كي يكون الحكم متسقًا مع ما يقضي به قانون المرافعات.

والمادة المقترحة تقابل المادة (1316/ 2) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (1026) من التقنين الكويتي.

والسند الشرعي لها أن ما تقضي به يهدف إلىٰ تأمين التعامل واستقرار أوضاعه بعد بيع العقار المرهون بيعًا جبريًّا بالمزاد العلني.

مادة (1082): ينقضي الرهن الرسمي بنزول الدائن المرتهن عنه، إذا توافرت فيه أهلية إبراء ذمة المدين من الدين.

هذه المادة مستحدثة.

وهي تتفق مع المادة (1507) من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «يصح تنازل الدائن المرتهن عن حق الرهن الرسمي صراحة أو ضمنًا، وفي كل حال لا يجوز للدائن أن يتنازل عن الرهن، إذا لم تتوافر فيه الأهلية في إبراء ذمة المدين من الدين».

ذلك أن حق الرهن الرسمي ليس من النظام العام، فيجوز للدائن المرتهن أن ينزل عنه فينقضي الرهن بهذا النزول، وانقضاء الرهن في هذه الحالة يكون بصفة أصلية، فيبقىٰ الدين قائمًا، وهذا النزول إرادة منفردة، فلا يشترط فيه قبول الراهن، ولا يجوز الرجوع فيه، وهو من أعمال التبرع، ومن شأنه أن يعرض الدين للخطر، ولذلك يجب أن تتوافر في الدائن أهلية إبراء ذمة المدين من الدين.

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (1318) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (1368) من التقنين الأردني.

والسند الشرعي لها أن حق الرهن هو حق الدائن، فهو يملك النزول عنه.

مادة (1083):

1- ينقضي الرهن الرسمي باتحاد الذمة إذا انتقلت ملكية العقار المرهون إلىٰ الدائن المرتهن، أو انتقل حق الرهن إلىٰ مالك العقار المرهون.

2- ويعود الرهن إذا زال سبب انتقال الحق، وكان لزواله أثر رجعي.

هذه المادة مستحدثة.

وهي تتفق مع المادة (1508) من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- ينقضي الرهن إذا انتقلت إلىٰ الدائن المرتهن ملكية العقار المرهون، أو انتقل إلىٰ مالك العقار المرهون حق الرهن الرسمي.

2- ويعود الرهن الرسمي إذا زال سبب انتقال الحق، وكان لزواله أثر رجعي».

انظر المذكرة الإيضاحية لهذه المادة في مجموعة الأعمال التحضيرية لمشروع التقنين الحالي (ج 7/ ص 148) في الهامش.

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (1317) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (1367) من التقنين الأردني.

والسند الشرعي للمادة المقترحة: أن اتحاد الذمة مانع طبيعي لبقاء الرهن.

مادة (1084):

1- ينقضي الرهن الرسمي بهلاك العقار أو انقضاء الحق المرهون، وتراعىٰ أحكام المادتين (1051 و 1052).

2- ومع ذلك، لا يجوز لصاحب حق الانتفاع أن ينزل عن حقه إذا كان مثقلًا برهن، إضرارًا بالدائن المرتهن.

هذه المادة مستحدثة.

وهي تتفق مع المادة (1509) من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- إذا هلك العقار أو انقضىٰ الحق المرهون، فإن الرهن الرسمي ينقضي وتراعىٰ أحكام المادتين (1457 و 1458).

2- ومع ذلك، لا يجوز لصاحب حق الانتفاع أن يتنازل عن حقه إذا كان مثقلًا برهن، إضرارًا بالدائن المرتهن».

انظر المذكرة الإيضاحية لهذه المادة في مجموعة الأعمال التحضيرية لمشروع التقنين الحالي (ج 7/ ص 148) في الهامش.

والمادة المقترحة تقابل المادة (1369) من التقنين الأردني.

والسند الشرعي للمادة المقترحة: أن هلاك العقار أو انقضاء الحق المرهون سبب طبيعي لانقضاء الرهن، وأن بقاء الرهن علىٰ حق الانتفاع رغم النزول عن هذا الحق - أريد به المحافظة علىٰ مصلحة الدائن.

مادة (1085):

1- لا ينقضي حق الرهن الرسمي بالتقادم مستقلًّا عن الدين المضمون.

2- ومع ذلك، إذا انتقل العقار المرهون إلىٰ حائز، فلا تسمع عليه دعوىٰ الرهن، إذا

تركها الدائن المرتهن بغير عذر مدة خمس عشرة سنة، وينقطع بإنذار الحائز بالدفع أو بالتخلية.

هذه المادة مستحدثة.

وهي تقابل المادة (1510) من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- لا ينقضي الرهن الرسمي بالتقادم مستقلًّا عن الدين المضمون.

2- ومع ذلك، إذا انتقل العقار المرهون إلىٰ حائز، فإن حق الرهن بالنسبة له يسقط بالتقادم، إذا لم يرفع الدائن المرتهن دعوىٰ الرهن عليه في خمس عشرة سنة، تبدأ من وقت تمكن الدائن من رفع هذه الدعوىٰ، وينقطع التقادم بإنذار الحائز بالدفع أو بالتخلية».

انظر المذكرة الإيضاحية لهذه المادة في مجموعة الأعمال التحضيرية لمشروع التقنين الحالي (ج 7/ ص 147 و 148) في الهامش.

وقد أخذ المشروع في النص المقترح بنظام عدم سماع الدعوىٰ، جريًا علىٰ خطته فيما يتعلق بالتقادم، والتقادم هنا مسقط لحق الرهن، ويكفي فيه ترك الدعوىٰ بغير عذر مدة خمس عشرة سنة، فهو يختلف عن التقادم المكسب، الذي تقوم فيه الحيازة دليلًا علىٰ الحق المحاز. وقد جعلت المدة فيه خمس عشرة سنة، رغم أنه يثقل الملكية بعبء يحسن التخلص منه، نظرًا إلىٰ أن الدين المضمون يتقادم وفقًا للقاعدة العامة بخمس عشرة سنة، فحق الرهن ليس مستقلًّا بذاته علىٰ غرار حق الانتفاع وحق الارتفاق، وإنما هو حق تابع للدين المضمون، فوجب أن يتفق مع هذا الدين فيما يتعلق بمدة التقادم. أما حق الانتفاع وحق الارتفاق، فكل منهما يقوم مستقلًّا بذاته، ومن هذا أمكن أن تكون مدة التقادم بالنسبة إلىٰ أي منهما خمس سنوات.

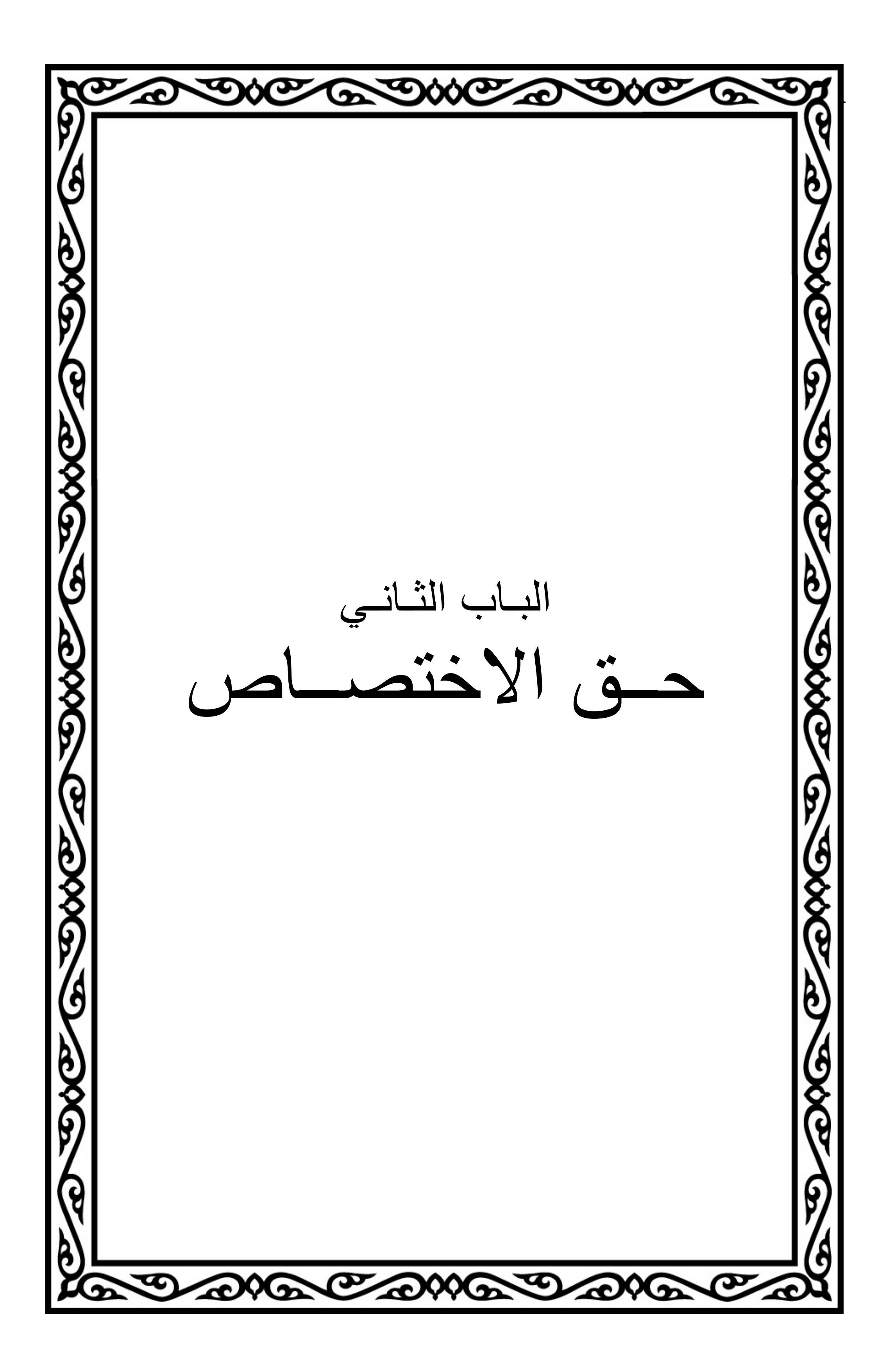
والمادة المقترحة تتفق مع المادة (1319) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (1370) من التقنين الأردني.

والسند الشرعي للفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة: أن حق الرهن تابع للدين، فلا ينقضي بالتقادم مستقلًّا عن هذا الدين؛ إذ القاعدة أن: «التابع تابع». (م 47 من المجلة).

وما تقضي به الفقرة الثانية من المادة المقترحة يتسق مع ما يراه فريق من الفقه الإسلامي من أن الحيازة تسقط الملك، وفي هذا يقول الحطاب: «وقال مالك فيمن له شيء، ترك غيره يتصرف فيه، ويفعل فيه ما يفعل المالك الدهر الطويل، فإن ذلك مما يسقط الملك ويمنع الطالب من الطلب» (شرح الحطاب علىٰ مختصر خليل: ج 6/ ص 229).





البـاب الثـانــي

حــق الاختصــاص

مادة (1086):

1- لا يجوز من وقت العمل بهذا القانون تقرير حق اختصاص علىٰ عقار للمدين.

2- وتظل حقوق الاختصاص القائمة وقت العمل بهذا القانون خاضعة للأحكام السارية في شأنها.

المذكرة الإيضاحية للمادة (1086)

هذه المادة مستحدثة.

فقد رئي إلغاء النصوص المتعلقة بحق الاختصاص في التقنين الحالي كما سبق القول، وذلك استجابة للاتجاه السائد في الفقه المعاصر، الذي يرىٰ وجوب الحد من نظم التأمينات القضائية، ويرجع ذلك إلىٰ عيبين أساسيين يشوبان حق الاختصاص:

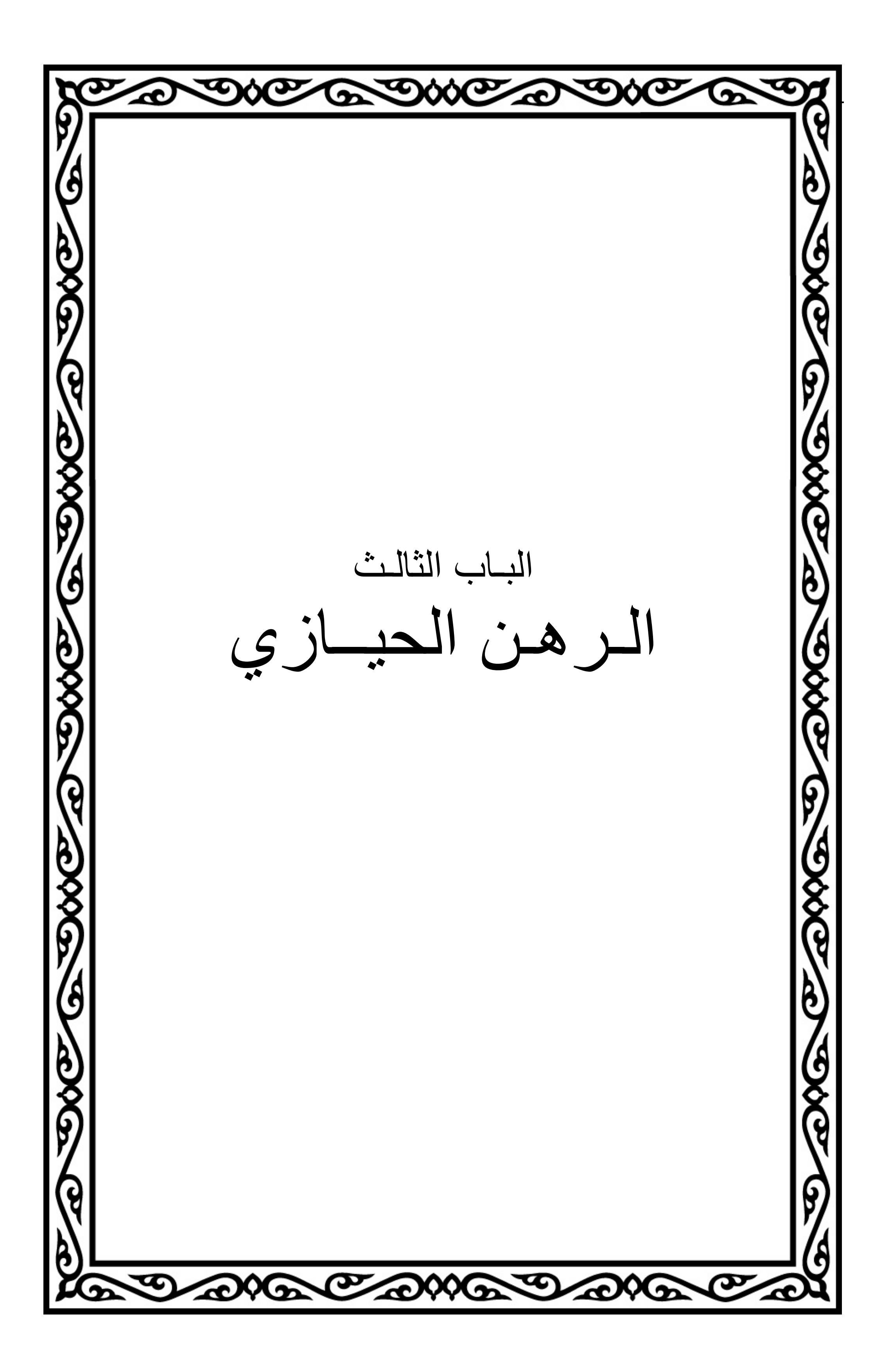
الأول: أنه يتقرر بأمر من القاضي بناءً علىٰ رغبة من الدائن دون أن يرتضيه المدين باتفاق بينه وبين الدائن، مع أن مرجع الأولوية بين الدائنين يجب أن يكون إلىٰ الاتفاق أو القانون.

والثاني: أن تقرير الأفضلية للدائن لمجرد السبق في الحصول علىٰ حكم - لا ينهض سببًا معقولًا للإخلال بقاعدة المساواة بين الدائنين، بل إنه يؤدي إلىٰ تسابق الدائنين في الحصول علىٰ حكم بالدين، مما يترتب عليه زيادة في المصروفات.

واقتضىٰ هذا أن ينص في الفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة علىٰ أنه من وقت العمل بهذا القانون لا يجوز تقرير حق اختصاص علىٰ عقار للمدين، أما حقوق الاختصاص القائمة في ظل التقنين الحالي، فإنها بمقتضىٰ الفقرة الثانية من المادة المقترحة، تظل خاضعة لأحكام هذا التقنين.

وهذا الموقف الذي اتخذه المشروع يتفق مع موقف التقنين العراقي والتقنين الأردني والتقنين الكويتي.





البـاب الثالـث

الـرهـن الحيــازي

مادة (1087): حق الرهن الحيازي حق عيني يتقرر للدائن بمقتضىٰ عقد علىٰ منقول مخصص لوفاء دينه، يسلم إليه أو إلىٰ عدل يعينه المتعاقدان، فيكون له بمقتضاه أن يحبس المنقول لحين استيفاء الدين، وأن يتقدم علىٰ الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في استيفاء دينه من المقابل النقدي لذلك المنقول في أي يد يكون.

هذه المادة تقابل المادة (1096) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «الرهن الحيازي عقد به يلتزم شخص؛ ضمانًا لدين عليه أو علىٰ غيره، أن يسلم إلىٰ الدائن أو إلىٰ أجنبي يعينه المتعاقدان شيئًا يرتب عليه للدائن حقًّا عينيًّا يخوله حبس الشيء لحين استيفاء الدين، وأن يتقدم علىٰ الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون».

ويؤخذ من هذا النص أن الرهن الحيازي يطلق علىٰ العقد الذي يترتب به للدائن حق عيني علىٰ شيء مخصص لوفاء دينه، ويطلق أيضًا علىٰ هذا الحق العيني الذي ترتب للدائن ضمانًا لوفاء دينه.

ولكن الأولىٰ أن ينصب التعريف علىٰ الرهن الحيازي باعتباره حقًّا عينيًّا، وهو ما راعاه المشروع في المادة المقترحة.

كذلك عدل النص باستبدال كلمة: «منقول» بكلمة: «شيء»، وذلك؛ لأن الرهن الحيازي في المشروع أصبح قاصرًا علىٰ المنقول دون العقار، واستبدلت كلمة: «عدل» بكلمة: «أجنبي»؛ لأن الكلمة المختارة هي التي يستعملها الفقه الإسلامي، وتبعه في ذلك فقه القانون الوضعي. واستبدلت عبارة: «في استيفاء دينه من المقابل النقدي لذلك المنقول» بعبارة: «في اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء». حيث يستوفي الدائن المرتهن دينه إما من ثمن المنقول، أو من المال الذي حل محل المنقول، فهو في الحالين يستوفي دينه من المقابل النقدي للمنقول.

انظر وقارن المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1530) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 193).

والمادة المقترحة تقابل المواد (1321 - 1323) من التقنين العراقي.

وتقابل المواد (1372 و 1375 و 1376 و 1378) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (1027) من التقنين الكويتي.

وفي الفقه الإسلامي عرفت المادة (701) من المجلة الرهن، فقالت: «الرهن حبس مال وتوقيفه في مقابلة حق يمكن استيفاؤه منه، ويسمىٰ ذلك المال مرهونًا ورهنًا». وعرفته المادة (953) من مرشد الحيران، فقالت: «عقد الرهن هو جعل شيء مالي محبوسًا في يد المرتهن أو في يد عدل بحق مالي يمكن استيفاؤه منه كلًّا أو بعضًا». وعرفته المادة (512) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة، فقالت: «الرهن حبس شيء مالي بحق يمكن استيفاؤه منه». (مجمع الأنهر: ج 2/ ص 584)، (وابن عابدين: ج 2/ ص 422).

وعرفته المادة (167) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام الشافعي، فقالت: «الرهن جعل عين مالية من الراهن وثيقة بدين يستوفىٰ منها عند تعذر وفاء الراهن». (الجلال المحلىٰ: ج 2/ ص 261) و(نهاية المحتاج: ج 4/ ص 229) و(مغني المحتاج: ج 2/ ص 114).

وعرفته المادة (124) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك، فقالت: «الرهن شيء متمول يؤخذ للتوثق به في دين ثابت في ذمة الراهن عند عقد الرهن، أو يتوقع ثبوته فيها». (الشرح الصغير وحاشيته: ج 2/ ص 120 و123).

وعرفته المادة (167) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أحمد بن حنبل، فقالت: «الرهن توثقه دين بعين يمكن استيفاؤه أو بعضه منها أو من ثمنها».

وقد أجمعوا علىٰ جوازه لقوله تعالىٰ: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا۟ كَاتِبًا فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة:283]، وحديث عائشة أن رسول الله ﷺ اشترىٰ من يهودي طعامًا ورهن درعه.

والرهن الحيازي في التقنين الحالي وفي المشروع - عقد رضائي يكون التسليم فيه التزامًا يقع علىٰ عاتق الراهن، ولا تجب فيه حيازة الدائن للشيء المرهون إلا لكي يكون

الرهن نافذًا في حق الغير، ويتفق هذا مع المذهب المالكي، فقد نصت المادة (125) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك علىٰ ما يأتي: «يلزم عقد الرهن بمجرد الإيجاب والقبول، ويجب علىٰ الراهن تسليم الرهن للمرتهن إذا طلبه منه، ويختص المرتهن به دون غيره من غرماء الراهن بحيازته له قبل أن يحصل للراهن مانع من موانع التصرف المالي. أما قبل حيازته للرهن، فيكون كواحد منهم في المحاصة فيه بدينه».

وجاء في إيضاح هذه المادة أنه: «قد علم من النص أن حيازة الرهن بالفعل عند العقد ليست شرطًا في صحته ولا في لزومه، وإنما هي شرط في اختصاص المرتهن بالرهن دون غيره من غرماء الراهن».

أما في المذاهب الأخرىٰ فعقد الرهن لا يلزم إلا بالقبض، ويكون للراهن الرجوع فيه قبل القبض، فقد نصت المادة (706) من المجلة علىٰ ما يأتي: «ينعقد الرهن بإيجاب وقبول من الراهن والمرتهن، ولكن ما لم يوجد القبض لا يتم ولا يلزم، فللراهن أن يرجع عن الرهن قبل التسليم».

ونصت المادة (956) من مرشد الحيران علىٰ أنه: «يشترط لتمام الرهن ولزومه علىٰ الراهن أن يقبضه المرتهن قبضًا تامًّا. وللراهن قبل تسليم الرهن للمرتهن أن يرجع فيه ويتصرف في العين المرهونة».

ونصت المادة (513) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة علىٰ ما يأتي: «ينعقد الرهن بالإيجاب والقبول ولا يلزم إلا بالقبض». (مجمع الأنهر: ج 2/ ص 584 و 585).

ونصت المادة (175) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام الشافعي علىٰ أنه: «لا يلزم الرهن إلا بتقابض صحيح». (الجلال المحلىٰ: ج 2/ ص 268)، و(مغني المحتاج: ج 2/ ص 120 و 121)، و(نهاية المحتاج: ج 4/ ص 248 و 249).

ونصت المادة (172) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أحمد بن حنبل علىٰ أنه: «يلزم الرهن في حق الراهن وحده بقبض المرتهن له بإذن

الراهن».

وقد جاء في بداية المجتهد (ج 2/ ص 230): شروط الصحة في الرهن شرطان: **أحدهما**: متفق عليه بالجملة، ويختلف في الجهة التي هو بها شرط، وهو القبض. **والثاني**: مختلف في اشتراطه.

فأما القبض فاتفقوا بالجملة علىٰ أنه شرط في الرهن؛ لقوله تعالىٰ: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٌ﴾ [سورة البقرة:283]، واختلفوا هل هو شرط تمام أو شرط صحة، وفائدة الفرق أن من قال شرط صحة قال: ما لم يقع القبض لم يلزم الرهن الراهن. ومن قال شرط تمام قال: يلزم بالعقد، ويجبر الراهن علىٰ الإقباض، إلا أن يتراخىٰ المرتهن عن المطالبة حتىٰ يفلس الراهن أو يمرض أو يموت. فذهب مالك إلىٰ أنه من شروط التمام، وذهب أبو حنيفة والشافعي وأهل الظاهر إلىٰ أنه من شروط الصحة، وعمدة مالك قياس الرهن علىٰ سائر العقود اللازمة بالقول، وعمدة الغير قوله تعالىٰ: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٌ﴾.

وجاء في البدائع (ج8/ ص2721، مطبعة الإمام بالقلعة):

ولو تعاقدا علىٰ أن يكون الرهن في يد صاحبه لا يجوز الرهن، حتىٰ لو هلك في يده لا يسقط الدين. وجاء في المهذب (ج1/ ص305): فأما من جهة الراهن فلا يلزم إلا بقبض، والدليل عليه قوله عَزَّوَجَلَّ: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٌ﴾.

مادة (1088):

1- لا يجوز من وقت العمل بهذا القانون إنشاء رهن حيازي علىٰ عقار.

2- وتظل الرهون الحيازية العقارية القائمة وقت العمل بهذا القانون خاضعة للأحكام السارية في شأنها.

هذه المادة مستحدثة.

وبمقتضاها لا يجوز من وقت العمل بهذا القانون إنشاء رهن حيازي علىٰ عقار. حيث أصبح الرهن الحيازي قاصرًا علىٰ المنقول، للأسباب التي تقدم ذكرها في النظرة العامة.

أما الرهون الحيازية العقارية القائمة وقت العمل بهذا القانون - فتظل صحيحة،

وتكون خاضعة لأحكام التقنين الحالي.



الفصل الأول
إنشاء الرهن الحيازي

مادة (1089):

1- يجب أن يكون المنقول المرهون مما يمكن بيعه استقلالًا بالمزاد العلني، وإذا كان المرهون دينًا، وجب أن يكون قابلًا للحوالة والحجز.

2- ويشمل الرهن ملحقات المنقول المرهون.

هذه المادة تقابل المواد الآتية في التقنين الحالي:

المادة (1097)، وهي تنص علىٰ ما يأتي: «لا يكون محلًّا للرهن الحيازي إلا ما يمكن بيعه استقلالًا بالمزاد العلني من منقول وعقار».

المادة (1125)، وهي تنص علىٰ ما يأتي: «إذا كان الدين غير قابل للحوالة أو الحجز، فلا يجوز رهنه».

المادة (1036)، وهي تنص علىٰ ما يأتي: «يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون... ». وقد وردت هذه المادة في الرهن الرسمي، ويسري حكمها كذلك علىٰ الرهن الحيازي.

انظر المذكرات الإيضاحية للمواد المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1532 و 1566 و 1534) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 197 و 271).

والمادة المقترحة تقابل المواد 1328 و 1330 و 1355 مكررة من التقنين العراقي.

وتقابل المواد 1373 و 1383 و 1412 من التقنين الأردني.

وتقابل المواد 1028 و 1031 و 1056 من التقنين الكويتي.

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (709) من المجلة علىٰ أنه: «يشترط أن يكون المرهون صالحًا للبيع، فيلزم أن يكون موجودًا ومالًا متقومًا مقدور التسليم وقت الرهن». وفي هذا المعنىٰ أيضًا: المادة (554) من مرشد الحيران.

ونصت المادة (16) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام الشافعي علىٰ أنه: «يلزم لصحة الرهن أن يكون المرهون عينًا ولو مشاعًا، وأن يكون المرهون به دينًا ثابتًا لازمًا معلومًا لهما». وجاء في مذكرة هذه المادة: لزم أن يكون المرهون عينًا يصح بيعها في الأصح، فلا يصح رهن دين ولو ممن هو عليه؛ لأنه غير مقدور علىٰ تسليمه، والثاني يصح رهنه تنزيلًا له منزلة العين، ولا يصح رهن منفعة جزمًا، كأن يرهن سكنىٰ داره مدة؛ لأن المنفعة تتلف، فلا يحصل بها استيثاق، ولا يصح رهن عين لا يصح بيعها كوقف.

ونصت المادة (16) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أحمد علىٰ أن: «الأعيان التي يصح بيعها يصح رهنها، وكذا الثمرة قبل بدو صلاحها والزرع الأخضر بدون شرط القطع في الحال».

وجاء في المغني (ج 4/ ص 375): وكل عين جاز بيعها جاز رهنها؛ لأن مقصود الرهن الاستيثاق بالدين للتوصل إلىٰ استيفائه من ثمن الرهن إن تعذر استيفاؤه من ذمة الراهن.

وجاء في المهذب (ج 1/ ص 309): وفي رهن الدين وجهان:

أحدهما: يجوز؛ لأنه يجوز بيعه، وكل ما جاز بيعه جاز رهنه، كالعين.

والثاني: لا يجوز؛ لأنه لا يدري هل يعطيه أم لا، وهذا غرر من غير حاجة، فمنع صحة العقد.

وجاء في «مواهب الجليل لشرح مختصر خليل» للحطاب (ج 5/ ص 4): وذكر التوضيح وغيره أن رهن الدين يصح، ولو علىٰ غائب، ويكفي في حوزه الإشهاد، والظاهر هنا: الصحة.

والرأي بعدم جواز رهن الدين لاحتمال الغرر - مردود مع قيام النص بضرورة أن يكون العقد في ورقة ثابتة التاريخ، بيّن فيها المبلغ المضمون بالرهن والدين المرهون بيانًا كافيًا (م 1107/ 1 من المشروع)، وأن يكون إعلان الرهن للمدين أو قبوله ذا تاريخ ثابت (م1109/ 1 من المشروع).

مادة (1090):

1- يجب أن يكون الراهن مالكًا للمنقول المرهون، وأهلًا للتصرف فيه.

2- ويجوز أن يكون الراهن هو نفس المدين، كما يجوز أن يكون كفيلًا عينيًّا يقدم رهنًا لمصلحة المدين.

هذه المادة تتفق مع المادة (1032) من التقنين الحالي، والمادة (1035) من المشروع، الواردتين في الرهن الرسمي؛ إذ إن الرهن الحيازي والرهن الرسمي يشتركان في الحكم في هذا الصدد.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة (1534) من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي، وهي المقابلة للمادة (1098) من هذا التقنين، في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 197).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (1325) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة 1379/ 1 من التقنين الأردني.

وتتفق مع أحكام الفقه الإسلامي.

ففيما يتعلق بالفقرة الأولىٰ نصت المادة (171) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أحمد علىٰ أن: «من شروط الرهن ملك الراهن المرهون، وأن يكون الراهن أهلًا للتصرف».

وفيما يتعلق بالفقرة الثانية نصت المادة (826) من المجلة علىٰ أنه: «يجوز أن يستعير أحد مال آخر ويرهنه بإذنه، ويقال لهذا الرهن: المستعار». (انظر كذلك المادتين 827 و 828 من المجلة).

ونصت المادة (968) من مرشد الحيران علىٰ أن: «لمعير الرهن أن يجبر المستعير الراهن علىٰ فكاك الرهن وتسليمه إليه، إلا إذا كانت العارية مؤقتة بمدة معلومة فليس له جبره علىٰ ذلك قبل مضي المدة، وله جبره بعد مضيها».

ونصت المادة (970) علىٰ أنه: «إذا أراد المعير فكاك الرهن ودفع الدين المطلوب للمرتهن - يجبر المرتهن علىٰ القبول، ويرجع المعير علىٰ المستعير بما أداه من

الدين...».

ونصت المادة (570) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة علىٰ أنه:« يصح استعارة شيء لرهنه...».

ونصت المادة (174) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام الشافعي في خصوص الرهن عن الغير على ما يأتي:

«1- يجوز أن يرهن الشخص مال نفسه عن دين غيره، ولو بلا إذنه.

2- يجوز أن يكون المرهون مستعارًا، ولا يصح للمالك الرجوع بعد قبض المرتهن...».

ونصت المادة (128) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك علىٰ أنه «يصح رهن ما يعار لأجل رهنه في دين علىٰ المستعير...».

ونصت المادة (179) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أحمد علىٰ أنه: «يصح الرهن من غير المدين ولو بغير رضاه».

مادة (1091):

1- إذا كان الراهن غير مالك للمنقول المرهون، كان رهنه موقوفًا علىٰ إجازة المالك الحقيقي، وإذا لم تصدر هذه الإجازة، فإن حق الرهن لا يترتب علىٰ المنقول إلا من الوقت الذي يصبح فيه هذا المنقول مملوكًا للراهن.

2- ويقع باطلًا رهن المال المستقبل.

هذه المادة تقابل المادة (1098) من التقنين الحالي التي تحيل علىٰ المادة (1033) الواردة في الرهن الرسمي.

وهي تطابق المادة (1036) من المشروع الواردة في الرهن الرسمي، فيما عدا أن الرسمية لا تطلب في الإجازة التي تصدر من المالك.

حيث اعتمد المشروع في هذا الصدد فكرة العقد الموقوف التي يأخذ بها الفقه الإسلامي، بدلًا من فكرة العقد القابل للإبطال التي يأخذ بها التقنين الحالي في هذا الصدد.

وبذلك يسوّي المشروع بين بيع ملك الغير ورهن ملك الغير رسميًّا كان هذا الرهن أو حيازًا (انظر المادة (439) من المشروع التي تتناول بيع ملك الغير).

وسواء فيما يتعلق ببيع ملك الغير، أو فيما يتعلق برهن ملك الغير، فإن الحكم يعتبر تطبيقًا للقاعدة العامة التي أخذ بها المشروع في خصوص العقد الموقوف (انظر المادتين 127 و128/ 3 من المشروع).

انظر المراجع والنصوص الشرعية المشار إليها تحت المواد المذكورة.

والمادة المقترحة تقابل المادة (1029) من التقنين الكويتي التي تحيل علىٰ المادة (974) الواردة في الرهن الرسمي.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة (1534) من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي، وهي المقابلة للمادة (1098) من هذا التقنين، في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص197).

مادة (1092):

1- يبقىٰ نافذًا الرهن الصادر من جميع الملاك لمنقول شائع، أيًّا كانت النتيجة التي تترتب علىٰ قسمة المنقول فيما بعد، أو علىٰ بيعه لعدم إمكان قسمته.

2- وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في المنقول أو جزءًا مفرزًا من هذا المنقول، ثم وقع في نصيبه عند القسمة منقولات غير التي رهنها - انتقل الرهن بمرتبته إلىٰ قدر من هذه المنقولات يعادل قيمة المنقول الذي كان مرهونًا في الأصل، ويعين هذا القدر بأمر علىٰ عريضة، ولا يغير انتقال الرهن علىٰ هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء، ولا بامتياز المتقاسمين.

هذه المادة تطابق المادة (1038) من المشروع والمادة (1039) من التقنين الحالي اللتين وردتا في الرهن الرسمي، وذلك مع حذف ما جاء في الفقرة الثانية من كل من هاتين المادتين متعلقًا بإجراء قيد جديد؛ لأن الحكم هنا لا ينصرف إلا إلىٰ المنقول؛ حيث يقتصر الرهن الحيازي في المشروع علىٰ المنقول دون العقار.

والمادة المقترحة تقابل المادة (1329) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (1381) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (1030) من التقنين الكويتي.

وفيما يتعلق بالفقه الإسلامي، فقد أخذ المشروع في جواز رهن الحصة الشائعة برأي الإمامين مالك والشافعي (بداية المجتهد: ج 2/ ص 229)، (المهذب: ج 1/ ص 308).

وهذا الرهن محل خلاف في الفقه الإسلامي، وسببه - كما جاء في بداية المجتهد - هو هل يمكن حيازة المال الشائع أم لا؟

وقد جاء في المهذب أن ما جاز رهنه جاز رهن البعض منه مشاعًا؛ لأن المشاع كالمقسوم في جواز البيع، فكان كالمقسوم في جواز الرهن، فإن كان بين رجلين دار فرهن أحدهما نصيبه من بيت بغير إذن شريكه، ففيه وجهان:

أحدهما: يصح كما يصح بيعه. **والثاني:** لا يصح؛ لأن فيه إضرار بالشريك بأن يقتسما فيقع هذا البيت في حصته، فيكون بعضه رهنًا. وهذا الرأي - الثاني - مردود؛ حيث عالجه المشروع بالنص، علىٰ أنه إذا وقع في نصيب الشريك الراهن عند القسمة أعيان غير التي رهنها - انتقل الرهن بمرتبته إلىٰ قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة المنقول الذي كان مرهونًا في الأصل.

ويلاحظ أن المثل المذكور في بداية المجتهد يتعلق بعقار؛ لأن الفقه الإسلامي يجيز الرهن الحيازي في العقار والمنقول، كما هو الحكم في التقنين الحالي، أما المشروع فيقصر الرهن الحيازي علىٰ المنقول.

وقد نصت المادة (169) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام الشافعي علىٰ أنه: «يلزم لصحة الرهن أن يكون المرهون عينًا ولو مشاعًا...».

ونصت المادة (127) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك علىٰ أنه: «يصح رهن جزء مشاع في عقار ونحوه...».

مادة (1093): تسري علىٰ الرهن الحيازي أحكام المواد من 1043 إلىٰ 1045 المتعلقة بالرهن الرسمي.

هذه المادة تتفق مع المادة (1098) من التقنين الحالي.

وتقابل المادة (1029) من التقنين الكويتي.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1534) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 197).

وفيما يتعلق بالفقه الإسلامي انظر المراجع والنصوص الشرعية المذكورة تحت المواد من 1043 إلىٰ 1045 من المشروع.

مادة (1094): يجوز للمدين في الدين المرهون أن يتمسك قبل الدائن المرتهن بأوجه الدفع المتعلقة بصحة الحق المضمون بالرهن، وكذلك بأوجه الدفع التي تكون له قبل دائنه الأصلي، كل ذلك بالقدر الذي يجوز فيه للمدين في حالة الحوالة أن يتمسك بهذه الدفوع قبل المحال إليه.

هذه المادة تطابق المادة (1127) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (1358) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (1415) من التقنين الأردني.

وتطابق المادة (1058) من التقنين الكويتي.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1569) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 275 و 276).

وأحكام المادة المقترحة تتفق مع مبدأ مقرر في الفقه الإسلامي، وهو أن: «التابع تابع»، (م 47 من المجلة).



الفصل الثاني
آثار الرهن الحيازي

(1) فيما بين المتعاقدين

التزامات الراهن:

مادة (1095):

1- على الراهن تسليم الشيء المرهون إلى الدائن، أو إلى العدل الذي عينه المتعاقدان.

2- ويسري على الالتزام بتسليم الشيء المرهون أحكام الالتزام بتسليم الشيء المبيع.

هذه المادة تطابق المادة (1099) من التقنين الحالي، مع تعديل لفظي في الفقرة الأولى، باستبدال كلمة: «العدل»، بكلمة: «الشخص»، وحذف كلمة: «لتسلمه» الواردة في نهايتها.

وتطابق المادة (1033) من التقنين الكويتي، مع اختلاف لفظي في الفقرة الأولى.

وتقابل المادة (1321) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (1372) من التقنين الأردني.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1535) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 200).

وفي الفقه الإسلامي، فإن التسليم التزام يقع على عاتق الراهن ويجبر عليه عند من يقولون بأن القبض شرط تمام، وهم المالكية. أما عند من يقولون بأن القبض شرط لزوم - وهم الحنفية والشافعية - فإنه يجوز للراهن أن يرجع قبل القبض.

انظر المراجع والنصوص الشرعية المذكورة تحت المادة (1087) من المشروع.

مادة (1096):

1- يضمن الراهن سلامة الرهن ونفاذه، وليس له أن يأتي عملًا ينقص من قيمة الشيء المرهون، أو يحول دون استعمال الدائن لحقوقه المستمدة من العقد.

2- وللدائن المرتهن، في حالة الاستعجال، أن يتخذ علىٰ نفقة الراهن كل الوسائل التي تلزم للمحافظة علىٰ الشيء المرهون.

هذه المادة تطابق المادة (1101) من التقنين الحالي، مع جعلها فقرتين علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة.

وتطابق المادة (1035) من التقنين الكويتي.

والفقرة الأولىٰ منها تقابل المادة (1335) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (1388) من التقنين الأردني.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1537) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 206).

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (741) من المجلة علىٰ أنه: «إذا أتلف الراهن الرهن أو عيبه يضمن...».

ونصت المادة (529) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة علىٰ أن: «مئونة جعل الرهن باقيًا، ومئونة إصلاح منفعته - علىٰ الراهن».

ونصت المادة (188) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام الشافعي علىٰ أنه: «يلزم الراهن بمئونة المرهون، وله أن يرعىٰ المرهون بما فيه حفظه».

ونصت المادة (130) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك علىٰ: «أن غلة الرهن لمالكه، ونفقته عليه...».

ونصت المادة (182) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أحمد علىٰ أن: «علىٰ الراهن مئونة الرهن وأجرة حفظه وكل ما هو لازم لمصلحته...».

مادة (1097): تسري علىٰ الراهن الحيازي أحكام المادتين 1051 و 1052 المتعلقة بهلاك الشيء المرهون رهنًا رسميًّا أو تلفه، وبانتقال حق الدائن من الشيء المرهون إلىٰ ما حلّ محله من حقوق.

هذه المادة تطابق الفقرة الثانية من المادة (1102) من التقنين الحالي، أما الفقرة الأولىٰ من هذه المادة الأخيرة، فتنص علىٰ ما يأتي: «يضمن الراهن هلاك الشيء المرهون أو تلفه إذا كان الهلاك أو التلف راجعًا لخطئه، أو ناشئًا عن قوة قاهرة». وقد حذفت هذه الفقرة؛ لأن حكمها يشمله حكم المادة السابقة.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1538) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 208).

وتتفق أحكام المادة المقترحة مع أحكام الفقه الإسلامي، انظر في هذا المواد 53 و 741 و 742 من المجلة، وقد تقدم ذكرها تحت المادتين المحال عليهما.

التزامات الدائن المرتهن:

مادة (1098):

1- إذا تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون، فعليه أن يقوم بحفظه وإدارته، وأن يبذل في ذلك من العناية ما يبذله الشخص العادي، وليس له أن يغير من طريقة استغلال الشيء المرهون إلا برضاء الراهن، ويجب عليه أن يبادر بإخطار الراهن عن كل أمر يقتضي تدخله، وبوجه خاص إذا كان الشيء مهددًا بالهلاك أو التلف أو نقص القيمة.

2- فإذا أخل الدائن بأي من الالتزامات المذكورة في الفقرة السابقة - كان للراهن الحق في أن يطلب وضع الشيء تحت الحراسة، أو أن يسترده مقابل دفع ما عليه.

الفقرة الأولىٰ من هذه المادة تتضمن الحكم الوارد في الشطر الأول من المادة (1103) من التقنين الحالي الذي جاء فيه ما يأتي: «إذا تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون، فعليه أن يبذل في حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد». وكذلك الحكم الوارد في الفقرة الأولىٰ من المادة (1106) من هذا التقنين التي تنص علىٰ ما يأتي: «يتولىٰ الدائن المرتهن إدارة الشيء المرهون، وعليه أن يبذل في ذلك من العناية ما يبذله الرجل المعتاد. وليس له أن يغير من طريقة استغلال الشيء المرهون إلا برضاء الراهن، ويجب عليه أن يبادر بإخطار الراهن عن كل أمر يقتضي تدخله». حيث رئي إدماج هذين النصين معًا؛ منعًا لتكرار بعض الأحكام الواردة فيهما، كما تتضمن حكمًا

ورد في المادة (1540) من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي، التي تنص علىٰ ما يأتي: «إذا كان الشيء المرهون مهددًا أن يصيبه هلاك أو تلف أو نقص في القيمة - وجب علىٰ الدائن أن يبادر بإخطار الراهن بذلك...».

أما العبارة الأخيرة من المادة (1103) من التقنين الحالي، وهي التي تقول: «وهو مسئول عن هلاك الشيء أو تلفه، ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبي لا يد له فيه». فقد نقلت إلىٰ المادة (1095) من المشروع التي تتعلق بالتزام الدائن المرتهن برد الشيء.

وأما الفقرة الثانية من المادة المقترحة، فهي تقابل الفقرة الثانية من المادة (1106) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «فإذا أساء الدائن استعمال هذا الحق أو أدار الشيء إدارة سيئة أو ارتكب في ذلك إهمالًا جسيمًا - كان للراهن الحق في أن يطلب وضع الشيء تحت الحراسة أو أن يسترده مقابل دفع ما عليه، وفي هذه الحالة - الأخيرة - إذا كان المبلغ المضمون بالرهن لا تسري عليه فائدة، ولم يكن قد حل أجله، فلا يكون للدائن إلا ما يبقىٰ من هذا المبلغ بعد خصم قيمة الفائدة منه بسعرها القانوني عن المدة ما بين يوم الوفاء ويوم حلول الدين». وقد اقتصر علىٰ إيراد حكم الشرط الأول من هذا النص بالصياغة الواردة في المادة المقترحة، وحذف الشطر الأخير منه، جريًا علىٰ خطة المشروع في تحريم الربا.

انظر المذكرات الإيضاحية للمواد (1539 و 1540 و 1543) من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 211 و 219).

والمادة المقترحة تقابل المادتين (1338 و 1339) من التقنين العراقي.

وتقابل المادتين 1391 و 1394 من التقنين الأردني.

وتقابل المادتين 1037 و 1039 من التقنين الكويتي.

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (987) من مرشد الحيران علىٰ أنه: «يجب علىٰ المرتهن أن يعتني بحفظ الرهن كاعتنائه بحفظ ماله، وله أن يحفظه بنفسه وزوجته وولده وغيرهما ممن هم في عياله الساكنين معه، وما جرىٰ مجراهم ممن يأتمنه علىٰ حفظ ماله». وفي هذا المعنىٰ أيضًا: المادة (722) من المجلة، والمادة (526) من مشروع

تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة.

ونصت المادة (723) من المجلة علىٰ أن: «المصاريف التي تلزم الرهن كأجرة المحل والناطور - علىٰ المرتهن».

ونصت المادة (986) من مرشد الحيران علىٰ أن: «المصاريف اللازمة لحفظ الرهن وصيانته تكون علىٰ المرتهن...».

وجاء في البدائع (ج 8/ ص 3753، مطبعة الإمام) أن: «الحفظ علىٰ المرتهن، حتىٰ لو شرط الراهن للمرتهن أجرًا علىٰ حفظه، فحفظ لا يستحق شيئًا من الأجر؛ لأن حفظ الرهن عليه فلا يستحق أجرًا بإتيان ما هو واجب عليه».

مادة (1099): 1- ليس للدائن أن ينتفع بالشيء المرهون دون مقابل. 2- وعليه أن يستثمره استثمارًا كاملًا، ما لم يتفق علىٰ غير ذلك. 3- وما حصل عليه الدائن من صافي الربح، وما استفاده من استعمال الشيء - يستنزل من المبلغ المضمون بالرهن، ولو لم يكن قد حلّ أجله، علىٰ أن يكون الاستنزال أولًا من قيمة ما أنفقه في المحافظة علىٰ الشيء والإصلاحات وما دفعه من التكاليف، ثم مما استحقه من التعويضات، ثم من المصروفات، ثم من أصل الدين.

هذه المادة تقابل المادة (1104) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- ليس للدائن أن ينتفع بالشيء المرهون دون مقابل.

2- وعليه أن يستثمره استثمارًا كاملًا، ما لم يتفق علىٰ غير ذلك.

3- وما حصل عليه الدائن من صافي الربح، وما استفاده من استعمال الشيء - يخصم من المبلغ المضمون بالرهن، ولو لم يكن قد حلّ أجله، علىٰ أن يكون الخصم أولًا من قيمة ما أنفقه في المحافظة علىٰ الشيء وفي الإصلاحات، ثم من المصروفات والفوائد، ثم من أصل الدين».

وقد أدخل تعديل لفظي علىٰ الفقرة الثالثة من هذه المادة، فاستبدلت كلمة:

«يستنزل» بكلمة: «يخصم»، واستبدلت كلمة: «الاستنزال» بكلمة: «الخصم»، كما عدلت بإضافة عبارة: «وما دفعه من التكاليف، ثم مما استحقه من التعويضات». وذلك لمواجهة ما يكون الدائن قد دفعه من ضرائب، أو ما استحقه من تعويض عن ضرر لحقه من عيب في الشيء، كذلك عدلت بحذف عبارة: «والفوائد» الواردة بعد كلمة: «المصروفات»؛ جريًا علىٰ خطة المشروع في تحريم الربا.

انظر وقارن المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1541) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 219).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (1038) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (1340) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (1393) من التقنين الأردني.

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (750) من المجلة علىٰ أنه: «ليس للمرتهن الانتفاع بالرهن بدون إذن الراهن، أما إذا أذن الراهن وأباح الانتفاع، فللمرتهن استعمال الرهن، وأخذ ثمره ولبنه، ولا يسقط من الدين شيء في مقابلة ذلك».

ونصت المادة (985) من مرشد الحيران علىٰ أنه: «لا يجوز للمرتهن أن ينتفع بالرهن منقولًا كان أو عقارًا بدون إذن الراهن، وله أن يؤجره بإذنه، ويدفع الأجرة للراهن أو يحتسبها من أصل الدين برضا الراهن...[1]، ولو سكن المرتهن الدار المرهونة فلا أجر عليه».

ونصت المادة (521) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة علىٰ أنه: «إذا شرط المرتهن الانتفاع بالرهن صار ربًا».

وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة أنه: «إذا شرط المرتهن الانتفاع بالرهن صار ربًا؛ لأنه يستوفي دينه كاملًا من الرهن، فتبقىٰ له المنفعة التي استوفاها فضلًا (زيادة)، فيكون ربًا (مجمع الأنهر: ج 2/ ص 587 و588).

ونصت المادة (185) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أحمد

---

(1) كذا بالأصل.

علىٰ أنه: «يجوز للراهن الانتفاع بالرهن بإذن المرتهن، ويجوز انتفاع المرتهن بالرهن بإذن الراهن، ما لم يكن الدين قرضًا».

ونصت المادة (132) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك علىٰ ما يأتي: «يجوز للمرتهن أن يشترط منفعة الرهن لنفسه إن عينت مدتها بزمن أو عمل وحسبت من الدين، سواءً كان دينًا من بيع أو من قرض، فإن لم تحسب من الدين منع اشتراطهما له إن كان الدين من قرض، وجاز إن كان من بيع».

مادة (1100): يجوز الاتفاق علىٰ أن تكون منفعة الشيء المرهون للدائن، فلا تستنزل قيمتها من الدين، إذا لم يكن الرهن في دين من قرض.

هذه المادة مستحدثة.

وهي مستقاة من المادة (521) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة، والمادة (185) من هذا المشروع علىٰ مذهب الإمام أحمد، وقد تقدم ذكرهما تحت المادة السابقة.

وكذلك المادة (132) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك التي تنص علىٰ ما يأتي: «يجوز للمرتهن أن يشترط منفعة الرهن لنفسه إن عينت مدتها بزمن أو عمل، وحسبت من الدين، سواءً كان دينًا من بيع أو من قرض، فإن لم تحسب من الدين منع اشتراطها له إن كان الدين من قرض، وجاز إن كان من بيع».

وقد جاء في إيضاح هذه المادة ما يأتي: مثال موضوع النص: رجل باع سلعة بثمن يؤجل، وأخذ من المشتري رهنًا في هذا الثمن، أو أقرض قرضًا وأخذ من المقترض رهنًا في القرض، وشرط المرتهن لنفسه منفعة الرهن كسكنىٰ الدار المرهونة.

وإنما جاز اشتراط منفعة الرهن للمرتهن، سواء كان رهنًا في دين من بيع، أو في دين من قرض - إذا حسبت من الدين؛ لأنها لما حسبت من الدين لم تضع علىٰ الراهن، وهو المشتري أو المقترض، فلم يلزم علىٰ اشتراطها فسخ ما في الذمة، وهو الدين في معين يتأخر قبضه، وهو منفعة الرهن؛ لأنها مقبوضة حكمًا بالشروع في استيفائها؛ لأن قبض الأوائل قبض للأواخر - كما قال أشهب - ولم يلزم عليه أيضًا قرض جر نفعًا

للمقرض؛ لأنه لم يأخذ أزيد من القرض؛ لأن المنفعة حسبت منه، وجاز اشتراطها في دين البيع، وامتنع في دين القرض إذا لم تحسب من الدين لأن المنفعة في دين البيع لم تضع علىٰ الراهن هو المشتري؛ لأنها باشتراطها في عقد البيع صارت جزءًا من الثمن المؤجل الذي اشترىٰ به السلعة بخلاف المنفعة في دين القرض، فإنها تضيع علىٰ الراهن وهو المقترض، إذ ليس لها مقابل في القرض؛ لأنها لا تحسب منه فتكون زيادة مشروطة في القرض وهي ربًا ممنوع، كما تقدم في باب القرض.

وشرط في منفعة الرهن في صور جواز اشتراطها - أن تكون معينة بزمن أو عمل؛ لأن الجهل بمقدارها يستلزم الجهل بمقدار الثمن في البيع، وبالمماثلة في قضاء القرض، وكلاهما ممنوع.

وقد علم من النص المتقدم أن شرط المنفعة للمرتهن في الرهن المسمىٰ بين الناس في مصر - بالغاروقة، وهو أن يدفع أحدهم إلىٰ الآخر مبلغًا من المال، ويأخذ منه أرضًا رهنًا في ذلك المبلغ، علىٰ أن يزرعها المرتهن لنفسه، ما دام المال الذي دفعه في ذمة الراهن، إنما هو شرط فاسد لا يوجب جواز المنفعة للمرتهن؛ لأنه رهن في دين من قرض لا من بيع، فهو من قبيل الصورة الممنوعة المتقدمة في النص، ولا ينفع المرتهن قول الراهن له: وهبتك منفعة الرهن، ما دام دينك في ذمتي. لأنه من الحيل الباطلة، وإذا وقع هذا الرهن وزرع المرتهن الأرض، فإن الزرع له، لأنه من عمله، وكان عليه لصاحب الأرض - وهو الراهن - أجرة مثلها، ويحاسبه بها من أصل الدين الذي في ذمته.

انظر الشرح الصغير وحاشيته (ج 2/ ص 129) وما بعدها.

وجاء في المغني لابن قدامة (ج 4/ ص 431): «لا ينتفع المرتهن من الرهن بشيء إلا ما كان مركوبًا أو محلوبًا فيركب ويحلب بقدر العلف». الكلام في هذه المسألة في حالين: **أحدهما**: ما لا يحتاج إلىٰ مئونة كالدار والمتاع ونحوه، فلا يجوز للمرتهن الانتفاع به بغير إذن الراهن بحال. ولا نعلم في هذا خلافًا؛ لأن الرهن ملك الراهن، فكذلك نماؤه ومنافعه، فليس لغيره أخذها بغير إذنه، فإن أذن الراهن للمرتهن في الانتفاع بغير عوض، وكان دين الرهن من قرض - لم يجز؛ لأنه يحصل قرضًا يجرّ منفعة وذلك حرام. قال أحمد: «أكره قرض الدور، وهو الربا المحض». يعني: إذا كانت الدار رهنًا في

قرض ينتفع بها المرتهن، وإن كان الرهن بثمن مبيع، أو أجر دار أو دين غير القرض، فأذن له الراهن في الانتفاع
– جاز ذلك. روي ذلك عن الحسن وابن سيرين وبه قال إسحاق.

وعليه فبمقتضىٰ المادة المقترحة، إذا لم يكن الرهن في دين من قرض، فإنه يجوز الاتفاق علىٰ أن تكون منفعة الشيء المرهون للدائن المرتهن، فلا تستنزل قيمتها من الدين، كأن يكون الدين ثمنًا مؤجلًا، لمبيع وأخذ البائع من المشتري رهنًا في هذا الثمن، أو يكون الدين أجرة مؤجلة لعمل، وأخذ من التزم بالقيام به رهنًا في هذه الأجرة، أو يكون الدين تعويضًا مؤجلًا عن ضرر، وأخذ المضرور من المسئول عن الضرر رهنًا في هذا التعويض.

ولا يعتبر هذا خروجًا علىٰ القاعدة المقررة في المادة السابقة التي تقضي بأن ليس للدائن أن ينتفع بالشيء المرهون دون مقابل، ففي حالة البيع بثمن مؤجل تعتبر قيمة منفعة الرهن مع الثمن مقابلًا للمبيع، وفي حالة العمل بأجرة مؤجلة تعتبر قيمة منفعة الرهن جزءًا من الأجرة، وفي التعويض المؤجل تعتبر منفعة الرهن جزءًا من هذا التعويض.

أما إذا كان الرهن في دين من قرض، فإن هذا الاتفاق يقع باطلًا؛ لأن المماثلة في القرض واجبة، فإذا لم تستنزل قيمة منفعة الرهن من الدين كانت زيادة مشروطة في القرض، وهي ربًا محرم (م 537) من المشروع.

والمادة المقترحة تقابل المادة (1393/ 1 و 2) من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي:

«1– لا يجوز للمرتهن أن ينتفع بالمرهون حيازيًّا منقولًا أو عقارًا بغير إذن الراهن.

2– فإذا أذن الراهن وأباح له الانتفاع بنفسه بلا شرط من الدائن – فله الانتفاع بنفسه ولا يسقط من الدين شيء في مقابل ذلك».

مادة (1101):

1– إذا حل الدين المرهون قبل حلول الدين المضمون بالرهن – فلا يجوز

للمدين أن يوفي الدين إلا للمرتهن والراهن معًا، ولكل من هذين أن يطلب إلىٰ المدين إيداع ما يؤديه، وينتقل حق الرهن إلىٰ ما تم إيداعه.

2- وإذا لم يتفق المرتهن والراهن علىٰ طريقة استغلال ما أداه المدين - قضت المحكمة بما تراه أنفع للراهن، دون أن يكون فيه ضرر للدائن المرتهن.

هذه المادة تقابل المادة (1128) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- إذا حل الدين المرهون قبل حلول الدين المضمون بالرهن، فلا يجوز للمدين أن يوفي الدين إلا للمرتهن والراهن معًا، ولكل من هذين أن يطلب إلىٰ المدين إيداع ما يؤديه، وينتقل حق الرهن إلىٰ ما تم إيداعه.

2- وعلىٰ المرتهن والراهن أن يتعاونا علىٰ استغلال ما أداه المدين، وأن يكون ذلك علىٰ أنفع الوجوه للراهن دون أن يكون فيه ضرر للدائن المرتهن، مع المبادرة إلىٰ إنشاء رهن جديد لمصلحة هذا الدائن».

وقد عدلت الفقرة الثانية من هذه المادة علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة؛ لأن الاقتصار في النص علىٰ مطالبة المرتهن بالتعاون علىٰ استغلال ما أداه المدين - أمر غير عملي، فإذا لم يتفقا علىٰ طريقة الاستغلال، يلتجآ إلىٰ القاضي لتحديد الطريقة التي يراها أنفع للراهن، دون أن يكون من ورائها ضرر للدائن.

انظر وقارن المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1570) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج7/ ص 280).

والمادة المقترحة تطابق المادة (1059) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (1359) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (1416) من التقنين الأردني.

وليس في المادة المقترحة ما يتعارض مع أحكام الفقه الإسلامي؛ حيث يراد بالحكم الوارد فيها تسوية الوضع بما يتفق مع مصلحة كل من الراهن والمرتهن، إذا حل الدين المرهون قبل حلول الدين المضمون بالرهن.

مادة (1102):

1- يرد الدائن الشيء المرهون إلىٰ الراهن عند انقضاء الرهن.
2- وهو مسئول عن هلاك الشيء أو تلفه، ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب لا يد له فيه.

الفقرة الأولىٰ من هذه المادة تقابل المادة (1107) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «يرد الدائن الشيء المرهون إلىٰ الراهن بعد أن يستوفي كامل حقه، وما يتصل بالحق من ملحقات ومصروفات وتعويضات».

وقد عدل هذا النص علىٰ النحو الوارد في الفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة، كي يكون حكمه شاملًا لكل صور انقضاء الرهن، سواء كان ذلك بصفة أصلية أو بصفة تبعية، بسبب انقضاء الدين المضمون.

والفقرة الثانية من المادة المقترحة تطابق الشطر الأخير من المادة (1103) من التقنين الحالي. حيث رئي أن المكان الطبيعي للحكم الوارد فيها هو النص الخاص برد الشيء المرهون عند انقضاء الرهن.

انظر المذكرة الإيضاحية للنصين المقابلين في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1539 و 1544) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 211 و 223).

والمادة المقترحة تقابل الشطر الأخير من المادة (1391) والمادة (1395) والمادة (1396) من التقنين الأردني.

وتقابل الشطر الأخير من المادة (1037) والمادة (1040) من التقنين الكويتي.

والفقرة الثانية منها تتفق مع الشطر الأخير من المادة(1338/ 1) من التقنين العراقي.

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (731) من المجلة علىٰ أن: «للمرتهن صلاحية حبس مجموع الرهن وإمساكه إلىٰ أن يستوفي تمام الدين».

ونصت المادة (741) علىٰ أنه: «إذا أتلف المرتهن الرهن أو عيبه يسقط من الدين مقدار قيمته».

ونصت المادة (964) من مرشد الحيران علىٰ أن: «للمرتهن حق حبس الرهن إلىٰ

أن يصل إليه دينه بتمامه». ونصت المادة (988) علىٰ أن: «الرهن مضمون علىٰ المرتهن بهلاكه بعد قبضه بالأقل من قيمته ومن الدين، ويعتبر قيمته يوم قبضه لا يوم هلاكه». وفي هذا المعنىٰ أيضًا: المادة (516) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة.

ونصت المادة (144) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام مالك علىٰ ما يأتي: «إذا كان الرهن بيد المرتهن كان ضمانه منه، ويستمر في ضمانه بعد استيفاء دينه حتىٰ يسلمه للراهن، إلا إذا أحضره له فأعرض عن تسلمه منه، أو أمره بتركه عنده، فإنه يصير وديعة عنده، ويسري عليه حكم الوديعة من جهة الضمان وعدمه، فإن لم يكن الرهن بيد المرتهن فضمانه من الراهن».

وجاء في إيضاح هذه المادة: أن المراد بكون ضمان الرهن من المرتهن في هذا النص – هو تعلق الضمان بذمته لا الضمان بالفعل، وهو غرم قيمة المقوم، ومثل المثلىٰ؛ لأن الضمان الفعلي إنما يكون عند تلف الرهن أو ضياعه.

مادة (1103): تسري علىٰ رهن الحيازة أحكام المادة (1053) المتعلقة بمسئولية الراهن غير المدين – أحكام المادة (1055) المتعلقة بشرط التملك عند عدم الوفاء وشرط البيع دون إجراءات.

هذه المادة تطابق المادة (1108) من التقنين الحالي.

وتتفق مع المادة (1041) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (1341) من التقنين العراقي.

وتقابل المادتين 1397 و 1398 من التقنين الأردني.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1547) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 226).

انظر الأسانيد الشرعية والمراجع المذكورة تحت المادتين (1053 و 1055) الواردتين في الرهن الرسمي.

مادة (1104):

1- إذا كان الشيء المرهون مهددًا بالهلاك أو التلف أو نقص القيمة بحيث يخشىٰ أن يصبح غير كافٍ لضمان حق الدائن، ولم يطلب الراهن رده إليه مقابل شيء آخر يقدم بدله - جاز للدائن أو الراهن أن يطلب من القاضي الترخيص له في بيعه بالمزاد العلني، أو بسعره في البورصة أو السوق، ولو كان ذلك قبل حلول أجل الدين.

2- ويجوز للراهن إذا عرضت فرصة لبيع الشيء، وكان البيع صفقة رابحة - أن يطلب من القاضي الترخيص له في بيع هذا الشيء، ولو كان ذلك قبل حلول أجل الدين.

3- وفي الحالتين يفصل القاضي في أمر إيداع الثمن عند الترخيص بالبيع، وينقل حق الدائن في هذه الحالة من الشيء إلىٰ ثمنه.

هذه المادة تتفق مع المادتين 1119 و 1120 من التقنين الحالي.

فالمادة (1119) من هذا التقنين تنص على ما يأتي:

«1- إذا كان الشيء المرهون مهددًا بالهلاك أو التلف أو نقص القيمة، بحيث يخشىٰ أن يصبح غير كافٍ لضمان حق الدائن، ولم يطلب الراهن رده إليه مقابل شيء آخر يقدم بدله - جاز للدائن أو الراهن أن يطلب من القاضي الترخيص له في بيعه بالمزاد العلني، أو بسعره في البورصة أو السوق.

2- ويفصل القاضي في أمر إيداع الثمن عند الترخيص في البيع، وينتقل حق الدائن في هذه الحالة من الشيء إلىٰ ثمنه».

والمادة (1120) من هذا التقنين تنص علىٰ ما يأتي: «يجوز للراهن إذا عرضت فرصة لبيع الشيء المرهون، وكان البيع صفقة - رابحة أن يطلب من القاضي الترخيص له في بيع هذا الشيء، ولو كان ذلك قبل حلول أجل الدين، ويحدد القاضي عند الترخيص شروط البيع، ويفصل في أمر إيداع الثمن».

ونظرًا إلىٰ أن الحكم واحد في هاتين المادتين، فقد رئي الجمع بينهما في المادة

المقترحة، أولاهما في الفقرة الأولىٰ من هذه المادة، والثانية في الفقرة الثانية منها، وإفراد الثالثة لبيان موقف القاضي في الحالتين، وتقرير انتقال حق الدائن إلىٰ الثمن.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1560 و1561) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 265).

والمادة المقترحة تتفق مع المادتين 1406 و 1407 من التقنين الأردني.

والفقرتان الأولىٰ والثالثة منها تتفقان مع المادة (1052) من التقنين الكويتي.

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (1012) من مرشد الحيران علىٰ أنه: «إذا خيف علىٰ الرهن التلف، والراهن غائب، ولا يعرف مكانه - يبيعه المرتهن بإذن الحاكم، أو يبيعه الحاكم، ويكون ثمنه رهنًا مكانه، وإن باعه المرتهن بدون إذن الحاكم مع إمكان الاستئذان قبل تلفه - كان ضامنًا القيمة بالغة ما بلغت».

ونصت المادة (759) من المجلة علىٰ أنه: «إذا خيف فساد الرهن فللمرتهن بيعه، وإبقاء ثمنه رهنًا في يده بإذن الحاكم، وإذا باعه بدون إذن الحاكم يكون ضامنًا كذلك لو أدرك ثمن البستان المرهون وخضرته وخيف تلفه، فليس للمرتهن بيعه إلا بإذن الحاكم، وإن باعه بدون إذن الحاكم يضمن».

ونصت المادة (173) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام الشافعي علىٰ أنه: «إذا كان المرهون مما لا يسرع إليه الفساد، ثم طرأ عليه ما عرضه للفساد، ولم ينفسخ الرهن - بيع المرهون وجعل ثمنه رهنًا مكانه».

مادة (1105):

1- يجوز للدائن المرتهن - إذا لم يستوف حقه - أن يطلب من القاضي الترخيص له في بيع الشيء المرهون بالمزاد العلني، أو بسعره في البورصة أو السوق.

2- وإذا كان المرهون يشتمل علىٰ أشياء عدة يزيد مجموع قيمتها عن مقدار الدين وملحقاته، فللقاضي أن يقرر قصر البيع علىٰ الأشياء التي يكفي ثمنها لإيفاء الدين وملحقاته.

3- ويجوز للدائن أيضًا أن يطلب من القاضي تمليكه الشيء المرهون؛ وفاءً

للدين، علىٰ أن يحسب عليه بقيمته بحسب تقدير الخبراء.

الفقرتان الأولىٰ والثالثة من هذه المادة تطابقان المادة (1121) من التقنين الحالي، مع إدخال تعديل لفظي في الفقرة الثالثة، واستبدال عبارة: «أن يطلب من القاضي تمليكه الشيء المرهون» بعبارة: «أن يطلب من القاضي أن يأمر بتمليكه الشيء»، حتىٰ يكون مفهومًا أن قرار القاضي في هذا الشأن يكون في شكل خصومة.

أما الفقرة الثانية فهي مقتبسة من الفقرة الثانية من المادة (1083) من مشروع القانون الموحد بين مصر وسوريا؛ لفائدتها العملية.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1562) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 265).

والفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة تطابق المادة (1053) من التقنين الكويتي.

وفي الفقه الإسلامي فيما يتعلق بالفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة نصت المادة (757) من المجلة علىٰ أنه: «إذا حل أجل الدين، وامتنع الراهن عن أدائه - فالحاكم يأمره ببيع الرهن وأداء الدين، فإن أبىٰ وعاند باعه الحاكم وأدّىٰ الدين».

وفي هذا المعنىٰ أيضًا: المادتان (1009 و1010) من مرشد الحيران.

أما الفقرتان الثانية والثالثة من المادة المقترحة، فسندهما الشرعي هو الفائدة العملية بالنسبة إلىٰ الراهن في الفقرة الثانية وبالنسبة إلىٰ الدائن في الفقرة الثالثة، والتصرف علىٰ الرعية منوط بالمصلحة (م 58 من المجلة).

مادة (1106): إذا كان المرهون دينًا، وأصبح كل من الدين المرهون والدين المضمون بالرهن مستحق الأداء - جاز للدائن المرتهن - إذا لم يستوف حقه - أن يقبض من الدين المرهون ما يكون مستحقًّا له، أو أن يطلب بيع هذا الدين أو تملكه وفقًا للفقرة الثالثة من المادة السابقة.

هذه المادة تطابق المادة (1129) من التقنين الحالي، مع إضافة عبارة: «إذا كان المرهون دينًا» في بدايتها.

وتتفق مع المادة (1360) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (1417) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (1060) من التقنين الكويتي.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1571) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 280).

وفي الفقه الإسلامي، انظر المادة (757) من المجلة - وقد تقدم ذكرها - وانظر كذلك المادتين 1009 و 1010 من مرشد الحيران.



(2) بالنسبة إلى الغير

مادة (1107):

1- يجب لنفاذ الرهن في حق الغير أن يكون الشيء المرهون في يد الدائن أو العدل الذي ارتضاه المتعاقدان، وأن يدون العقد في ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونة بيانًا كافيًا، وهذا التاريخ الثابت يحدد مرتبة الرهن.

2- ويجوز أن يكون الشيء المرهون ضامنًا لديون عدة.

الفقرة الأولىٰ من هذه المادة تتفق مع الفقرة الأولىٰ من المادة (1109)، وكذلك المادة (1117) من التقنين الحالي.

فالفقرة الأولىٰ من المادة (1109) من هذا التقنين تنص علىٰ ما يأتي: «يجب لنفاذ الرهن في حق الغير أن يكون الشيء المرهون في يد الدائن أو الأجنبي الذي ارتضاه المتعاقدان». وقد أدخل تعديل لفظي علىٰ هذا النص، باستبدال كلمة: «العدل» بكلمة: «الأجنبي»؛ لأن الكلمة المختارة هي التي يستعملها الفقه الإسلامي.

والمادة (1117) من هذا التقنين تنص علىٰ ما يأتي: «يشترط لنفاذ رهن المنقول في حق الغير إلىٰ جانب انتقال الحيازة - أن يدون العقد في ورقة ثابتة التاريخ، يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونة بيانًا كافيًا، وهذا التاريخ الثابت يحدد مرتبة

الدائن المرتهن». وقد حذف الشطر الأول من هذا النص بحسب ما اقتضته الصياغة في المادة المقترحة، واستبدلت عبارة: «مرتبة الرهن» بعبارة: «مرتبة الدائن المرتهن».

والفقرة الثانية من المادة المقترحة تطابق الفقرة الثانية من المادة (1109) من التقنين الحالي، مع استبدال عبارة: «لديون عدة» بعبارة: «لعدة ديون».

انظر المذكرة الإيضاحية للنصوص المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1548 و 1558) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 228 و 255).

والمادة المقترحة تتفق مع المادتين (1399 و1405) من التقنين الأردني.

وتتفق مع المادتين (1042 و1050) من التقنين الكويتي.

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (705) من المجلة علىٰ أن: «العدل هو الذي ائتمنه الراهن والمرتهن وسلماه وأودعاه الرهن». ونصت المادة (752) علىٰ أن: «يد العدل كيد المرتهن». يعني: لو اشترط الراهن والمرتهن إيداع الرهن عند أمين ورضي الأمين وقبض الرهن - تم الرهن، ولزم، وقام ذلك الأمين مقام المرتهن، وفي هذا المعنىٰ أيضًا: المادة (957) من مرشد الحيران، وكذلك المادة (551) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة (مجمع الأنهر، ج 2/ ص 600) كذلك المادة (183) من هذا المشروع علىٰ مذهب الإمام الشافعي، وكذلك المادة (176) من هذا المشروع علىٰ مذهب الإمام أحمد (كشاف القناع ص 163).

ونصت المادة (720) من المجلة علىٰ أنه: «يجوز أن يأخذ الدائنان من المديون رهنًا واحدًا، سواء كانا شريكين في الدين أو لا. وهذا الرهن يكون مرهونًا في مقابلة مجموع الدينين»، وفي هذا المعنىٰ أيضًا، المادة (959) من مرشد الحيران، والمادة (546/ 1) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة (مجمع الأنهر، ج 2/ ص 598 و599)، وكذلك المادة (189) من هذا المشروع علىٰ مذهب الإمام أحمد.

وجاء في البدائع (ج 8/ ص 2739: الناشر: زكريا علي يوسف، مطبعة الإمام): ولنا قوله تعالىٰ: ﴿ ۞ وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾ [البقرة: 283]، أخبر الله تعالىٰ بكون الرهن مقبوضًا، وإخباره سُبْحَانَهُ وَتَعَالَىٰ لا يحتمل الخلل، فاقتضىٰ أن يكون

المرهون مقبوضًا ما دام مرهونًا.

مادة (1108):

1- تسري علىٰ رهن المنقول الأحكام المتعلقة بالآثار التي تترتب علىٰ حيازة المنقولات المادية والسندات التي لحاملها.

2- وبوجه خاص يكون للمرتهن، إذا كان حسن النية، أن يتمسك بحقه في الرهن ولو كان الراهن لا يملك التصرف في الشيء المرهون، كما يجوز من جهة أخرىٰ لكل حائز حسن النية أن يتمسك بالحق الذي كسبه علىٰ الشيء المرهون، ولو كان ذلك لاحقًا لتاريخ الرهن.

هذه المادة تطابق المادة (1118) من التقنين الحالي، مع تعديل لفظي طفيف.

والفقرة الأولىٰ منها تتفق مع المادة (1051) من التقنين الكويتي.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1559) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 264).

ولم يعرض الفقه الإسلامي للصورة التي تتناولها المادة المقترحة، ولكن حكمها يتفق مع الظاهر المشهور الذي يعتد به هذا الفقه.

مادة (1109):

1- لا يكون رهن الدين نافذًا في حق المدين إلا بإعلان هذا الرهن إليه أو بقبوله له، وفقًا لقواعد الحوالة.

2- ولا يكون نافذًا في حق الغير إلا بحيازة المرتهن لسند الدين المرهون، وتحسب للرهن مرتبته من التاريخ الثابت للإعلان أو القبول.

هذه المادة تطابق المادة (1123) من التقنين الحالي، مع الإحالة في نهاية الفقرة الأولىٰ إلىٰ قواعد الحوالة بدلًا من ذكر رقم المادة الواردة في الحوالة.

وتتفق مع المادة (1410) من التقنين الأردني.

وتتفق مع المادة (1054) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (1354) من التقنين العراقي.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1564) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 271).

وفي الفقه الإسلامي، انظر ما تقدم ذكره عن رهن الدين تحت المادة (1089) من المشروع.

مادة (1110): يتم رهن السندات الاسمية والسندات الإذنية بالطريقة الخاصة التي رسمها القانون لحوالة هذه السندات، علىٰ أن يذكر أن الحوالة قد تمت علىٰ سبيل الرهن دون حاجة إلىٰ إعلان.

هذه المادة تطابق المادة (1124) من التقنين الحالي، مع تعديل لفظي.

وتتفق مع المادة (1355) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (1411) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (1055) من التقنين الكويتي.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1565) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 271).

وفي الفقه الإسلامي، انظر ما تقدم ذكره عن رهن الدين تحت المادة (1089) من المشروع.

مادة (1110): يتم رهن السندات الاسمية والسندات الإذنية بالطريقة الخاصة التي رسمها القانون لحوالة هذه السندات، علىٰ أن يذكر أن الحوالة قد تمت علىٰ سبيل الرهن دون حاجة إلىٰ إعلان.

هذه المادة تطابق المادة (1124) من التقنين الحالي، مع تعديل لفظي.

وتتفق مع المادة (1355) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (1411) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (1055) من التقنين الكويتي.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي م(1565) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج7/ ص271)

وفي الفقه الإسلامي، انظر ما تقدم ذكره عن رهن الدين تحت المادة (1089) من المشروع.

مادة (1111):

1- يخول الرهن الدائن المرتهن الحق في حبس الشيء المرهون عن الناس كافة، دون إخلال بما للغير من حقوق تم حفظها وفقًا للقانون.

2- وإذا خرج الشيء من يد الدائن دون إرادته أو دون علمه، كان له الحق في استرداد حيازته من الغير وفقًا لأحكام الحيازة.

هذه المادة تطابق المادة (1110) من التقنين الحالي.

وتطابق المادة (1043) من التقنين الكويتي.

وتتفق مع المادة (1342) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (1400) من التقنين الأردني.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1549) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 235).

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (718) **من المجلة علىٰ أن:** «للراهن والمرتهن أن يفسخا الرهن باتفاقهما، لكن للمرتهن حق حبس الرهن وإمساكه إلىٰ أن يستوفي ما له في ذمة الراهن بعد الفسخ». ونصت المادة (729) علىٰ أن: «حكم الرهن هو أن يكون للمرتهن حق حبسه إلىٰ حين فكه، وأن يكون أحق من سائر الغرماء باستيفاء الدين من الرهن إذا توفي الراهن»، وفي هذا المعنىٰ أيضًا: المادتان (964 و 965) من مرشد الحيران، والمادة (512) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة.

وجاء في البدائع (ج 8/ ص 2339، الناشر: زكريا علي يوسف، مطبعة الإمام): ولأن الرهن في اللغة عبارة عن الحبس... ولأن الرهن شرع وثيقة بالدين، فيلزم أن يكون

حكمه ما يقع به التوثيق للدين كالكفالة، وإنما يحصل التوثيق إذا كان يملك حبسه علىٰ الدوام؛ لأنه يمنعه من الانتفاع، فيحمله ذلك علىٰ قضاء الدين في أسرع الأوقات، وكذا يقع الأمن عن تواه حقه بالجحود والإنكار.

مادة (1112): لا يقتصر الرهن عن ضمان أصل الحق، وإنما يضمن أيضًا في المرتبة ذاتها ما يأتي:

(أ) المصروفات الضرورية التي أنفقت للمحافظة علىٰ الشيء.

(ب) التعويضات عن الأضرار الناشئة عن عيوب الشيء.

(ج) مصروفات عقد الرهن الحيازي وتنفيذه.

هذه المادة تقابل المادة (1111) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«لا يقتصر الرهن الحيازي علىٰ ضمان أصل الحق، وإنما يضمن أيضًا، وفي نفس المرتبة ما يأتي:

(أ) المصروفات الضرورية التي أنفقت للمحافظة علىٰ الشيء.

(ب) التعويضات عن الأضرار الناشئة عن عيوب الشيء.

(ج) مصروفات العقد الذي أنشأ الدين، ومصروفات عقد الرهن الحيازي وقيده عند الاقتضاء.

(د) المصروفات التي اقتضاها تنفيذ الرهن الحيازي.

(هـ) جميع الفوائد المستحقة مع مراعاة ما جاء في المادة (230).

وقد عدلت هذه المادة في البند (ج) بحذف عبارة: «مصروفات العقد الذي أنشأ الدين». باعتبار أن ليس لها تطبيق في العمل، وكذلك بحذف عبارة: «وقيده عند الاقتضاء»؛ لأن الرهن الحيازي أصبح قاصرًا علىٰ المنقول، ورهن المنقول لا يخضع للقيد، وأدمج حكم البند (د) في هذا البند.

كما عدلت هذه المادة بحذف البند (هـ)، جريًا علىٰ خطة المشروع في تحريم الربا.

انظر وقارن المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1551) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 235 و 236).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (1401) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (1044) من التقنين الكويتي.

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (718) من المجلة أن: «للمرتهن حبس الرهن وإمساكه إلىٰ أن يستوفي ماله في ذمة الراهن». وفي هذا المعنىٰ أيضًا: المادة (964) من مرشد الحيران. ونصت المادة (729) من المجلة: «أن حكم الرهن هو أن يكون للمرتهن حق حبسه إلىٰ حين فكه، وأن يكون أحق من سائر الغرماء باستيفاء الدين من الرهن إذا توفي الراهن». وفي هذا المعنىٰ أيضًا: المادة (965) من مرشد الحيران.

وجاء في البدائع (ج 8/ ص 3756 و 3757، الناشر: زكريا علي يوسف، مطبعة الإمام): إذا بيع الرهن في حال حياة الراهن وعليه ديون أخر، فالمرتهن أحق بثمنه من بين سائر الغرماء؛ لأن بعقد الرهن ثبت له الاختصاص بالمرهون فيثبت له الاختصاص ببدله وهو الثمن، ثم إن كان الدين حالًا والثمن من جنسه فقد استوفاه إن كان في الثمن وفاء بالدين، وإن كان فيه فضل رده علىٰ الراهن، وإن كان أنقص من الدين يرجع المرتهن بفضل الدين علىٰ الراهن، وإن كان الدين مؤجلًا حبس الثمن إلىٰ وقت حلول الأجل، لأنه بدل المرهون فيكون مرهونًا، فإذا حل الأجل فإن كان الثمن من جنس الدين، صار مستوفيًا دينه، وإن كان من خلاف جنسه يحبسه إلىٰ أن يستوفي دينه كله، وكذلك إذا بيع الرهن بعد وفاة الراهن وعليه ديون ولم يخلف مالًا سوىٰ الرهن - كان المرتهن أحق بثمنه من بين سائر الغرماء لما ذكرناه، فإن فضل منه شيء يضم الفضل إلىٰ مال الراهن ويقسم بين الغرماء بالحصص؛ لأن قدر الفضل لم يتعلق به حق المرتهن، وإن نقص عن الدين، يرجع المرتهن بما بقي من دينه في مال الراهن وكان بينه وبين الغرماء بالحصص؛ لأن قدر الفضل من الدين دين لا رهن به، فيستوي فيه الغرماء، وكذلك لو كان علىٰ الراهن دين آخر، كان المرتهن فيه أسوة الغرماء، وليس له أن يستوفيه من ثمن الرهن؛ لأن ذلك الدين لا رهن به فيتضارب فيه الغرماء كلهم.

الفصل الثالث
انقضاء الرهن الحيازي

مادة (1113): ينقضي الرهن الحيازي بانقضاء الدين المضمون، ويعود معه إذا زال السبب الذي انقضىٰ به الدين، دون إخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها قانونًا في الفترة ما بين انقضاء الرهن وعودته.

هذه المادة تطابق المادة (1115) من التقنين الحالي، مع استبدال كلمة: «الرهن» في نهايتها بكلمة: «الحق»؛ توضيحًا لما هو مقصود.

وتطابق المادة (1045) من التقنين الكويتي.

وتتفق مع المادة (1346) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (1411) من التقنين الأردني.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1553) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 239).

والسند الشرعي للمادة المقترحة أن الرهن تابع للدين المضمون، فينقضي بصفة تبعية بانقضاء الدين المضمون، والقاعدة الشرعية أن: «التابع تابع». (م 47 من المجلة)، وكذلك المحافظة علىٰ حقوق الدائنين الذين ترتبت له حقوق في الفترة ما بين انقضاء الرهن وعودته، وقد يقدم ذكر مثل هذا في خصوص الرهن الرسمي.

مادة (1114):

ينقضي أيضًا حق الرهن الحيازي بأحد الأسباب الآتية:

(أ) إذا نزل الدائن المرتهن عن هذا الحق، وتوفرت له أهلية إبراء ذمة المدين من الدين، ويعتبر الدائن نازلًا عن حقه إذا تخلىٰ باختياره عن الشيء المرهون، أو وافق علىٰ التصرف فيه دون تحفظ، ما لم يثبت عكس ذلك، كل هذا دون إخلال بحقوق الغير.

(ب) إذا اجتمع حق الرهن الحيازي مع حق الملكية في يد شخص واحد.
(ج) إذا هلك الشيء أو انقضىٰ الحق المرهون.

هذه المادة تقابل المادة (1113) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«ينقضي أيضًا حق الرهن الحيازي بأحد الأسباب الآتية:

(أ) إذا نزل الدائن المرتهن عن هذا الحق، وكان ذا أهلية في إبراء ذمة المدين من الدين، ويجوز أن يستفاد التنازل ضمنًا من تخلي الدائن باختياره عن الشيء المرهون، أو من موافقته علىٰ التصرف فيه دون تحفظ، علىٰ أنه إذا كان الرهن مثقلًا بحق تقرر لمصلحة الغير، فإن تنازل الدائن لا ينفذ في حق هذا الغير إلا إذا أقره.

(ب) إذا اجتمع حق رهن الحيازة مع حق الملكية في يد شخص واحد.

(ج) إذا هلك الشيء أو انقضىٰ الحق المرهون».

وقد عدل البند (أ) من هذه المادة، وذلك في ضوء أن المادة (1100) من التقنين الحالي تنص علىٰ ما يأتي: «إذا رجع المرهون إلىٰ حيازة الراهن انقضىٰ الرهن، إلا إذا أثبت الدائن المرتهن أن الرجوع كان بسبب لا يقصد به انقضاء الرهن، كل هذا دون إخلال بحقوق الغير». حيث رئي أن المادة (1100) هذه مرتبطة بالمادة (1113) من التقنين الحالي، وأنه إذا عدلت الفقرة (أ) من المادة (1113) علىٰ نحو يجعل من رجوع المرهون إلىٰ الراهن قرينة قانونية علىٰ نزول المرتهن عن الرهن أمكن الاستغناء عن المادة (1100)، وبخاصة لأن هذه المادة الأخيرة واردة في فصل آثار الرهن، في حين أنها متعلقة بانقضائه لا بآثاره، ولأن انقضاء الرهن نصت عليه المادة (1113) سواء فيما يتعلق بالطرفين، أو فيما يتعلق بعدم الإضرار بحقوق الغير ولهذا رئي حذف المادة (1100) من التقنين الحالي، وتعديل الفقرة (أ) من المادة (1113) من هذا التقنين علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة (1536) من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي، وهي المقابلة للمادة (1100) من هذا التقنين، وكذلك المذكرة الإيضاحية للمادة (1554) من هذا المشروع وهي المقابلة للمادة (1113) من هذا التقنين، في مجموعة

الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 202 و 241 و 242).

والمادة المقترحة تتفق مع المواد (1400 و1420 و1421 و1422) من التقنين الأردني.

وتقابل المادتين (1337 و 1349) من التقنين العراقي.

وتقابل المادتين (1034 و 1046) من التقنين الكويتي.

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (747) من المجلة علىٰ ما يأتي: «لو باع الراهن بدون رضىٰ المرتهن، لا ينفذ البيع، ولا يطرأ خلل علىٰ حق المرتهن، ولكن إذا أوفىٰ الدين يكون ذلك البيع نافذًا، وكذا إذا أجاز المرتهن البيع، يكون نافذًا، ويخرج من الرهينة، ويبقىٰ الدين علىٰ حاله، ويكون من المبيع رهنًا في مقام المبيع، وإن لم يجز المرتهن البيع، فالمشتري يكون مخيرًا: إن شاء انتظر إلىٰ أن ينفك الرهن، وإن شاء رفع الأمر إلىٰ الحاكم حتىٰ يفسخ البيع». انظر كذلك المادة (978) من مرشد الحيران، والمادة (561) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أبي حنيفة.

ونصت المادة (180) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام الشافعي علىٰ ما يأتي: «يجوز للراهن أن يتصرف في المرهون بما كان ممنوعًا إن صرح له المرتهن، فإن ترتب علىٰ تصرفه نقل ملكية المرهون نفذ وبطل الرهن».

ونصت المادة (174) من مشروع الشريعة الإسلامية علىٰ مذهب الإمام أحمد علىٰ ما يأتي: «يزول لزوم الرهن ويبقىٰ العقد إذا أعاد المرتهن الرهن إلىٰ الراهن أو كان عصيرًا فتخمر، ويعود اللزوم بعودة الرهن إلىٰ المرتهن أو استحالة الخمر خلًّا».

هذا فيما يتعلق بالفقرة (أ) من المادة المقترحة.

أما الفقرة (ب) فسندها الشرعي أن الرهن ينقضي باتحاد الذمة.

وأما الفقرة (ج) فسندها الشرعي أن الرهن ينقضي بهلاك محله إذا هلك الشيء المرهون، وينقضي بزوال محله إذا انقضىٰ الحق المرهون.

مادة (1115): تسري الأحكام المتقدمة بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع أحكام القوانين التجارية، والأحكام الخاصة ببيوت التسليف المرخص لها في الرهن،

وأحكام القوانين واللوائح المتعلقة بأحوال خاصة في رهن المنقول.

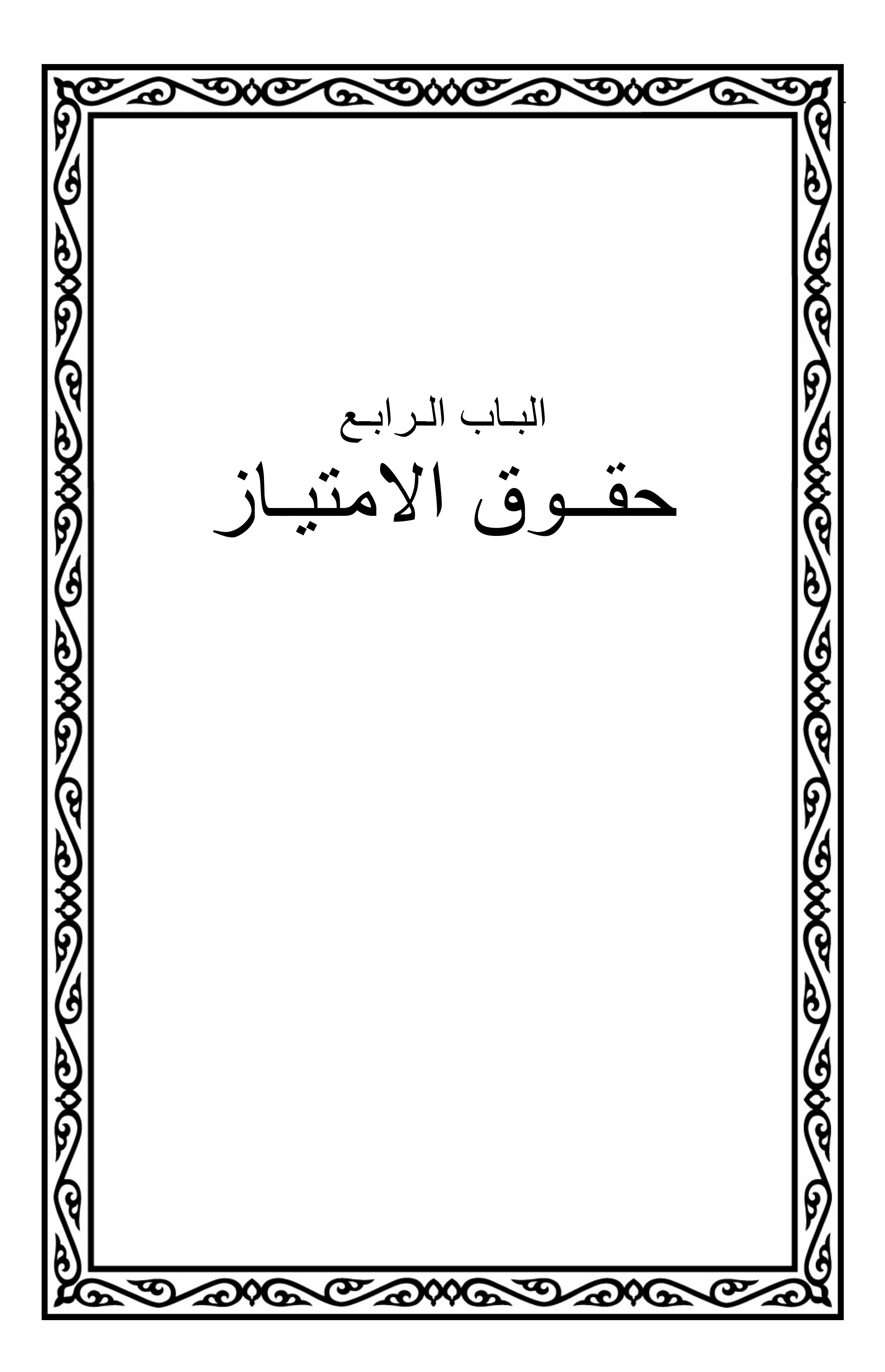
هذه المادة تطابق المادة (1122) من التقنين الحالي.

وتتفق مع المادة (1408) من التقنين الأردني.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1563) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 265).

والسند الشرعي للمادة المقترحة تلك القاعدة الأصولية التي تقضي بتخصيص العام إذا قام دليل علىٰ تخصيص الحكم ببعض الحالات، فلا يسري الحكم العام إلا علىٰ ما بقي من حالاته بعد التخصيص، حيث يكون هناك إلغاء جزئي للقاعدة بقدر ما جاءت به القاعدة الخاصة.





الباب الرابع

حقوق الامتياز

الفصل الأول
أحكام عامة

مادة (1116):

1- الامتياز حق عيني يتقرر ضمانًا للوفاء بدين معين مراعاة لصفته علىٰ جميع أموال المدين، أو علىٰ منقول أو عقار معين منها، فيكون للدائن بمقتضاه أن يتقدم علىٰ الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في استيفاء حقه من المقابل النقدي لهذه الأموال.

2- ولا يكون للحق امتياز إلا بمقتضىٰ نص في القانون.

هذه المادة تقابل المادة (1130) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- الامتياز أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته.

2- ولا يكون للحق امتياز إلا بمقتضىٰ نص في القانون».

وقد استعيض عن الفقرة الأولىٰ من هذه المادة بالفقرة الأولىٰ من المادة المقترحة، ذلك أن حق الامتياز حق عيني، ولا يقدح في ذلك أن حقوق الامتياز العامة لا ترد علىٰ مال معين بالذات، وأن الامتياز علىٰ الديون يرد علىٰ حقوق شخصية، فهذه نواح جزئية اقتضتها أوضاع هذه الحقوق، وليس من شأنها أن تستبعد الطابع الذي يسود حق الامتياز، وهذا هو رأي الجمهور.

والامتياز حق تبعي؛ إذ إنه حق تابع؛ حيث يستلزم وجود التزام أصلي يضمنه، شأنه في ذلك شأن الرهن، فهو لا يوجد إلا إذا وجد التزام أصلي، وينقضي بانقضائه.

ويكفل الامتياز التقدم للدائن في استيفاء حقه بحسب المرتبة التي يحددها القانون للحق.

وإذا وضع حق الامتياز علىٰ عين معينة، سواء كانت عقارًا أو منقولًا، أي: كان حق امتياز خاص - فإنه يخول الدائن حق التقدم وحق التتبع، غير أن حق الدائن فيه يتأثر بقاعدة الحيازة في المنقول.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1572) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 286).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (1424) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (1361) من التقنين العراقي التي تتفق مع المادة (1130) من التقنين المصري الحالي.

وتقابل المادة (1061) من التقنين الكويتي.

ولم يعرض الفقه الإسلامي لحقوق الامتياز علىٰ نحو ما فعل بالنسبة إلىٰ الرهن، غير أن هناك حقوقًا ممتازة تناثرت بين أحكام الفقه:

1- من هذه الحقوق دين الزكاة، فقد جاء في كتاب الأم للإمام الشافعي (ج 2/ ص 13): إذا مات الرجل وقد وجبت في ماله زكاة، وعليه دين، وقد أوصىٰ بوصايا - أخذت الزكاة من ماله قبل الدين، والميراث، والوصايا.

2- ومنها دين النفقة، فقد جاء في المادة (197) من كتاب الأحوال الشخصية لقدري باشا: يقدم دين النفقة الكافية للشخص وزوجته وعياله علىٰ قضاء ديونه بقدر الضرورة.

3- ومنها ما يكفي لتجهيز الميت ومن تلزمه نفقته من الموت إلىٰ الدفن. فقد نصت المادة الرابعة من قانون المواريث (رقم 77 لسنة 1943) علىٰ أن: «يؤدي من التركة بحسب الترتيب الآتي: أولًا: ما يكفي لتجهيز الميت ومن تلزمه نفقته من الموت إلىٰ الدفن. ثانيًا: ديون الميت...». ويلاحظ هنا أن الفقهاء يجمعون علىٰ تقديم التجهيز والتكفين علىٰ الديون التي لم تكن متعلقة بأعيان من التركة قبل الوفاة، أما الديون المتعلقة بأعيان من التركة قبل الوفاة كالأعيان المرهونة، فإن الحنابلة هم الذين يرون تقديم التجهيز والتكفين عليها أسوة بالديون الأخرىٰ، وقد أخذ قانون المواريث المذكور بهذا الرأي، وزاد عليه تجهيز وتكفين من تلزم الميت نفقته من الموت إلىٰ الدفن (محمد أبو زهرة، أحكام التركات والمواريث، فقرة 36 ص 54 - 56).

مادة (1117):

1- يحدد القانون مرتبة الامتياز، فإذا لم ينص القانون في حق ممتاز علىٰ مرتبة

امتيازه، كان هذا الحق متأخرًا في المرتبة عن كل امتياز منصوص علىٰ مرتبته.

2- وإذا كانت الحقوق الممتازة في مرتبة واحدة، فإنها تستوفي بنسبة قيمة كل منها، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك.

هذه المادة تقابل المادة (1131) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- مرتبة الامتياز يحددها القانون، فإذا لم ينص صراحة حق ممتاز علىٰ مرتبة امتيازه، كان هذا الحق متأخرًا في المرتبة في كل امتياز ورد في هذا الباب.

2- وإذا كانت الحقوق الممتازة في مرتبة واحدة، فإنها تستوفي نسبة قيمة كل منها، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك».

وقد أدخل تعديل لفظي علىٰ الفقرة الأولىٰ من هذه المادة، واستبدلت في نهاية هذه الفقرة عبارة: «كل امتياز منصوص علىٰ مرتبته» بعبارة: «كل امتياز ورد في هذا الباب»؛ لأنه قد يحصل أن ينص علىٰ حق ممتاز في قانون مستقل مع تحديد مرتبة امتيازه.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1573) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 286 و287).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (1362) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (1042) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (1425) من التقنين الأردني التي تتفق مع المادة (1131) من التقنين المصري الحالي.

مادة (1118): ترد حقوق الامتياز العامة علىٰ جميع أموال المدين من منقول وعقار، أما حقوق الامتياز الخاصة فتكون مقصورة علىٰ منقول أو عقار معين.

هذه المادة تطابق المادة (1122) من التقنين الحالي.

وتتفق مع المادة (1363/ 1) من التقنين العراقي.

وتطابق المادة (1063) من التقنين الكويتي.

وتتفق مع المادة (1426) من التقنين الأردني.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م

1574) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 292 و 293).

مادة (1119):

1- تسري علىٰ حقوق الامتياز الواقعة علىٰ عقار - أحكام الرهن الرسمي بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق، وتسري بنوع خاص أحكام التطهير والقيد، وما يترتب عل القيد من آثار، وما يتصل به من تجديد ومحو.

2- ومع ذلك فإن حقوق الامتياز العامة ولو كان محلها عقارًا لا يجب فيها الشهر ولا يثبت فيها حق التتبع، ولا حاجة للشهر أيضًا في حقوق الامتياز العقارية الضامنة لمبالغ مستحقة للخزانة العامة، وهذه الحقوق الممتازة جميعًا تكون أسبق في المرتبة علىٰ أي حق امتياز عقاري آخر، أو أي حق رهن رسمي، مهما كان تاريخ قيده، أما فيما بينها فالامتياز الضامن للمبالغ المستحقة للخزانة يتقدم علىٰ حقوق الامتياز العامة.

هذه المادة تطابق المادة (1134) من التقنين الحالي.

وتتفق مع المواد (1064 - 1066) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (1365) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (1428) من التقنين الأردني.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1576) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 292 و293).

مادة (1120):

1- لا يحتج بحق الامتياز علىٰ من حاز المنقول بحسن نية وبسبب صحيح.

2- ويعتبر حائزًا في حكم هذه المادة مؤجر العقار بالنسبة إلىٰ المنقولات الموجودة في العين المؤجرة، وصاحب الفندق بالنسبة إلىٰ الأمتعة التي يودعها النزلاء في فندقه.

هذه المادة تقابل المادة (1133) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- لا يحتج بحق الامتياز علىٰ من حاز المنقول بحسن نية.

2- ويعتبر حائزًا في حكم هذه المادة مؤجر العقار بالنسبة إلىٰ المنقولات الموجودة في العين المؤجرة، وصاحب الفندق بالنسبة إلىٰ الأمتعة التي يودعها النزلاء في فندقه.

3- وإذا خشي الدائن، لأسباب معقولة، تبديد المنقول المثقل بحق امتياز لمصلحته

- جاز له أن يطلب وضعه تحت الحراسة».

وقد عدلت الفقرة الأولىٰ من هذه المادة بإضافة السبب الصحيح إلىٰ حسن النية، أخذًا بما هو مقرر في أحكام الحيازة في المنقول من أن الحيازة المعتبرة هي التي تكون بحسن نية ومستندة إلىٰ سبب صحيح (م 952 من المشروع).

وحذفت الفقرة الثالثة من هذه المادة؛ إذ يغني عنها ما هو مقرر في الحراسة، من أن المال الذي يوضع تحتها يجب أن يتهدده خطر عاجل (م 730 من المشروع)، لا سيما وأن هذا الحكم أوسع وأوفىٰ بالغرض من حكم الفقرة المحذوفة الذي جاء مقصورًا علىٰ الخشية من تبديد المنقول.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1575) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 292).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (1364) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (1067) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (1427) من التقنين الأردني.

مادة (1121): يسري علىٰ حق الامتياز ما يسري علىٰ حق الرهن الرسمي من أحكام متعلقة بهلاك الشيء أو تلفه.

هذه المادة تطابق المادة (1135) من التقنين الحالي، مع إضافة كلمة: «حق» قبل كلمة: «الامتياز»، وقبل كلمة: «الرهن».

وتتفق مع المادة (1366) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (1429) من التقنين الأردني.

وتتفق مع المادة (1068) من التقنين الكويتي.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1577) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 296).

مادة (1122): ينقضي حق الامتياز بالطرق ذاتها التي ينقضي بها حق الرهن الرسمي وحق رهن الحيازة، ووفقًا لأحكام انقضاء هذين الحقين، وذلك بالقدر الذي يتفق مع طبيعة حق الامتياز، ومع مراعاة ما تقضي به النصوص الخاصة.

هذه المادة تتفق مع المادة (1136) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «ينقضي حق الامتياز بنفس الطرق التي ينقضي بها حق الرهن الرسمي وحق رهن الحيازة، ووفقًا لأحكام انقضاء هذين الحقين، ما لم يوجد نص خاص يقضي بغير ذلك».

وقد عدلت صياغة هذه المادة علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1578) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 296).



الفصل الثاني
أنواع الحقوق الممتازة

مادة (1123): تكون الحقوق المبينة في المواد الآتية ممتازة إلىٰ جانب حقوق الامتياز المقررة بنصوص خاصة.

هذه المادة تطابق المادة (1137) من التقنين الحالي، مع تعديل لفظي.

وتطابق المادة (107) من التقنين الكويتي.

وتتفق مع المادة (1368) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (1431) من التقنين الأردني.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1579)

في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 297).



الفرع الأول
حقوق الامتياز العامة وحقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول

مادة (1124):

1- يكون للمصروفات القضائية التي أنفقت لمصلحة جميع الدائنين في حفظ أموال المدين وبيعها وتوزيعها - امتياز علىٰ ثمن هذه الأموال.

2- وتستوفي هذه المصروفات قبل أي حق آخر ولو كان ممتازًا أو مضمونًا برهن، بما في ذلك حقوق الدائنين الذين انقضت المصروفات في مصلحتهم.

3- وتتقدم المصروفات التي أنفقت في بيع الأموال علىٰ تلك التي أنفقت في إجراءات التوزيع.

هذه المادة تقابل المادة (1138) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- المصروفات القضائية التي أنفقت لمصلحة جميع الدائنين في حفظ أموال المدين وبيعها - لها امتياز علىٰ ثمن هذه الأموال.

2- وتستوفي هذه المصروفات قبل أي حق آخر ولو كان ممتازًا أو مضمونًا برهن رسمي، بما في ذلك حقوق الدائنين الذين أنفقت المصروفات في مصلحتهم، وتتقدم المصروفات التي أنفقت في بيع الأموال علىٰ تلك التي أنفقت في إجراءات التوزيع».

وقد أدخل علىٰ الفقرة الأولىٰ من هذه المادة تعديل لفظيٌّ وأضيفت عبارة: «وتوزيعها» بعد عبارة: «وبيعها»؛ استكمالًا للحكم.

وفي الفقرة الثانية حذفت كلمة: «رسمي» الواردة بعد كلمة: «برهن»؛ لأن الحكم ينصرف إلىٰ الرهن الرسمي والرهن الحيازي، كما قسمت هذه الفقرة إلىٰ فقرتين، هما الفقرتان الثانية والثالثة في المادة المقترحة؛ لأنهما تتضمنان حكمين يحسن الفصل بينهما.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1580) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 300).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (1369) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (1071) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (1432) من التقنين الأردني.

مادة (1125):

1- يكون للمبالغ المستحقة للخزانة العامة من ضرائب ورسوم وحقوق أخرىٰ -امتياز بالشروط المقررة في القوانين الصادرة في هذا الشأن.

2- وتستوفىٰ هذه المبالغ من ثمن الأموال المثقلة بهذا الامتياز في أي يد كانت قبل أي حق آخر، ولو كان ممتازًا أو مضمونًا، برهن عدا المصروفات القضائية.

هذه المادة تقابل المادة (1139) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- المبالغ المستحقة للخزانة العامة من ضرائب، ورسوم، وحقوق أخرىٰ من أي نوع كان - يكون لها امتياز بالشروط المقررة في القوانين والأوامر الصادرة في هذا

الشأن.

2- وتستوفىٰ هذه المبالغ من ثمن الأموال المثقلة بهذا الامتياز في أية يد كانت قبل أي حق آخر، ولو كان ممتازًا أو مضمونًا برهن رسمي، عدا المصروفات القضائية».

وقد أدخل علىٰ الفقرة الأولىٰ من هذه المادة تعديل لفظي، وحذفت منها عبارة: «من أي نوع كان» لعدم لزومها، كما حذفت عبارة: «والأوامر» لزوال هذه الصورة من صور القوانين.

وفي الفقرة الثانية حذفت كلمة: «رسمي» الواردة بعد كلمة: «برهن»؛ لأن الحكم ينصرف إلىٰ الرهن الرسمي والرهن الحيازي، وذلك علىٰ نسق ما تقدم في خصوص المادة السابقة.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1581) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 302 و303).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (1370) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (1433) من التقنين الأردني.

وتتفق مع المادة (1072) من التقنين الكويتي.

مادة (1126):

1- يكون للمبالغ التي أنفقت في حفظ المنقول وفيما يلزم له من إصلاح - امتياز عليه كله.

2- وتستوفىٰ هذه المبالغ من ثمن هذا المنقول المثقل بحق الامتياز بعد المصروفات القضائية، والمبالغ المستحقة للخزانة العامة مباشرة، أما فيما بينها فيقدم بعضها علىٰ بعض بحسب الترتيب العكسي لتواريخ إنفاقها.

هذه المادة تتفق مع المادة (1140) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- المبالغ التي صرفت في حفظ المنقول وفيما يلزم له من ترميم - يكون لها امتياز عليه كله.

2- وتستوفىٰ هذه المبالغ من ثمن هذا المنقول المثقل بحق الامتياز بعد المصروفات القضائية، والمبالغ المستحقة للخزانة العامة مباشرة، أما فيما بينها فيقدم

بعضها علىٰ بعض بحسب الترتيب العكسي لتواريخ صرفها».

وقد أدخل علىٰ الفقرة الأولىٰ من هذه المادة تعديل لفظي، واستبدلت بها كلمة: «أنفقت» بكلمة: «صرفت»، كما استبدلت كلمة: «إصلاح» بكلمة: «ترميم».

وفي نهاية الفقرة الثانية استبدلت كلمة: «إنفاقها» بكلمة: «صرفها».

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1582) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 305).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (1371) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (1073) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (1434) من التقنين الأردني.

مادة (1127):

1- يكون للحقوق الآتية، بقدر ما هو مستحق منها عن الستة الشهور الأخيرة - امتياز علىٰ جميع أموال المدين من منقول وعقار:

(أ) المبالغ المستحقة للإجراء من أجرهم ومرتباتهم من أي نوع كان، وذلك مع عدم الإخلال بأحكام القوانين الخاصة.

(ب) المبالغ المستحقة عما تم توريده للمدين ومن يعوله من مأكل وملبس ودواء.

(ج) النفقة المستحقة في ذمة المدين لمن تجب نفقتهم عليه.

2- وتستوفىٰ هذه المبالغ مباشرة بعد المصروفات القضائية، والمبالغ المستحقة للخزانة العامة، ونفقات الحفظ والإصلاح، أما فيما بينها فتستوفىٰ بنسبة كل منها.

هذه المادة تقابل المادة (1141) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- يكون للحقوق الآتية امتياز على جميع أموال المدين من منقول وعقار:

(أ) المبالغ المستحقة للخدم والكتبة والعمال وكل أجير آخر، من أجرهم ورواتبهم من أي نوع كان عن الستة الأشهر الأخيرة.

(ب) المبالغ المستحقة عما تم توريده للمدين ومن يعوله من مأكل وملبس في

الستة الأشهر الأخيرة.

(ج) النفقة المستحقة في ذمة المدين لأقاربه عن الستة الأشهر الأخيرة.

2- وتستوفىٰ هذه المبالغ مباشرة بعد المصروفات القضائية، والمبالغ المستحقة للخزانة العامة، ومصروفات الحفظ والترميم، أما فيما بينها فتستوفىٰ بنسبة كل منها».

وقد عدلت صياغة صدر الفقرة الأولىٰ من هذه المادة علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة، منعًا للتكرار؛ لأن حكمه يشمل البنود الثلاثة المذكورة في هذه الفقرة.

وعدل البند (أ) من هذه الفقرة، باستبدال كلمة: «للأجراء» بعبارة: «للخدم والكتبة والعمال وكل أجير آخر»؛ لأن الكلمة المختارة تغني عن هذا التعداد، كما أضيفت إلىٰ هذا البند عبارة: «وذلك مع عدم الإخلال بأحكام القوانين الخاصة».

وعدل البند (ب)، بإضافة عبارة: «ودواء»؛ لأن الدواء يسري عليه حكم المأكل والملبس.

وعدل البند (ج)، باستبدال عبارة: «لمن تجب نفقتهم عليه» بعبارة: «لأقاربه»؛ لأن العبارة المختارة أشمل، ولا سيما بالنسبة إلىٰ الزوجة التي يشملها الحكم بلا جدال في ظل النص الحالي من باب الأولىٰ.

وفي الفقرة الثانية استبدلت عبارة: «ونفقات الحفظ والإصلاح»، بعبارة: «ومصروفات الحفظ والترميم».

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1583) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 308).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (1372) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (1435) من التقنين الأردني.

وتتفق مع المادة (1074) من التقنين الكويتي.

مادة (1128):

1- يكون للمبالغ التي أنفقت في البذور والسماد وغير ذلك من مواد التخصيب والمواد المقاومة للحشرات، والمبالغ التي أنفقت في أعمال الزراعة والحصاد -

امتياز علىٰ المحصول الذي أنفقت في إنتاجه، وتكون لها جميعًا مرتبة واحدة.
2- وتستوفىٰ هذه المبالغ من ثمن المحصول مباشرة، بعد الحقوق المتقدمة الذكر.
3- وكذلك يكون للمبالغ المستحقة في مقابل آلات الزراعة - حق امتياز في المرتبة ذاتها علىٰ هذه الآلات.

هذه المادة تطابق المادة (1142) من التقنين الحالي، مع تعديلات لفظية.
وتطابق المادة (1373) من التقنين العراقي، مع اختلاف لفظي.
وتتفق مع المادة (1436) من التقنين الأردني.
وتتفق مع المادة (1075) من التقنين الكويتي.
انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1584) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 311).

مادة (1129):

1- يكون لأجرة المباني والأراضي المستحقة عن السنتين الأخيرتين، أو عن مدة الإيجار إن قلت عن ذلك، ولكل حق آخر للمؤجر بمقتضىٰ عقد الإيجار - امتياز علىٰ ما يكون موجودًا بالعين المؤجرة، ومملوكًا للمستأجر من منقولات مادية معدة لاستعمالها وقابلة للحجز ومن محصول زراعي.
2- ويثبت الامتياز ولو كانت المنقولات مملوكة لزوجة المستأجر، كما يثبت علىٰ المنقولات المملوكة للغير، ما لم يقم الدليل علىٰ أن المؤجر كان يعلم وقت وضعها في العين المؤجرة بوجود حق للغير عليها، وذلك كله دون إخلال بالأحكام المتعلقة بالمنقولات المسروقة أو الضائعة.
3- ويقع الامتياز كذلك علىٰ المنقولات والمحصولات المملوكة للمستأجر من الباطن، إذا كان التأجير من الباطن ممنوعًا، فإذا لم يكن ممنوعًا، فلا يثبت الامتياز إلا للمبالغ التي تكون مستحقة للمستأجر الأصلي في ذمة المستأجر من الباطن، في الوقت الذي ينذره فيه المؤجر بعدم دفع هذه المبالغ للمستأجر الأصلي.
4- وإذا نقلت الأموال المثقلة بالامتياز من العين المؤجرة، علىٰ الرغم من

معارضة المؤجر، أو علىٰ غير علم منه، ولم يبق في العين أموال كافية لضمان الحقوق الممتازة
- بقي الامتياز قائمًا علىٰ الأموال التي نقلت، دون أن يضر ذلك بالحق الذي كسبه الغير حسن النية علىٰ هذه الأموال، ويبقىٰ الامتياز قائمًا ولو أضر بحق الغير لمدة ثلاث سنين من يوم نقلها، إذا أوقع المؤجر عليها حجزًا استحقاقيًّا في الميعاد القانوني، ومع ذلك إذا بيعت هذه الأموال إلىٰ مشتر حسن النية في سوق، أو في مزاد علني، أو ممن يتجر في مثلها - وجب علىٰ المؤجر أن يرد الثمن إلىٰ هذا المشتري.
5- وتستوفىٰ هذه المبالغ الممتازة من ثمن الأموال المثقلة بالامتياز بعد الحقوق المتقدمة الذكر، إلا ما كان من هذه الحقوق غير نافذ في حق المؤجر باعتباره حائزًا حسن النية.

الفقرة الأولىٰ من هذه المادة تقابل الفقرة الأولىٰ من المادة (1143) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «أجرة المباني والأراضي الزراعية لسنتين أو لمدة الإيجار إن قلت عن ذلك، وكل حق آخر للمؤجر بمقتضىٰ عقد الإيجار - يكون لها جميعًا امتياز علىٰ ما يكون موجودًا بالعين المؤجرة ومملوكًا للمستأجر من منقول قابل للحجز ومن محصول زراعي».

وقد عدلت هذه الفقرة بحذف كلمة: «الزراعية» المذكورة بعد كلمة: «الأراضي»؛ حتىٰ تنصرف كلمة: «الأراضي» إلىٰ الأراضي الزراعية والأراضي الفضاء علىٰ السواء، ويتفق هذا التعديل مع الرأي الراجح في الفقه.

وعدلت بتحديد السنتين اللتين تكون الأجرة المستحقة عنهما ممتازة بأنهما السنتان الأخيرتان من مدة الأجرة المتأخرة، ويتفق هذا التعديل مع الرأي الراجح في الفقه.

وعدلت ببيان أن المنقولات التي يقع عليها الامتياز هي المنقولات المادية التي تعد لاستعمال العين المؤجرة، بمعنىٰ أنها المنقولات المادية التي تجهز بها العين المؤجرة.

والفقرة الثانية من المادة المقترحة تقابل الفقرة الثانية من المادة (1143) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «ويثبت الامتياز ولو كانت المنقولات مملوكة لزوجة

المستأجر أو كانت مملوكة للغير، ولم يثبت أن المؤجر كان يعلم وقت وضعها في العين المؤجرة بوجود حق للغير عليها، وذلك دون إخلال بالأحكام المتعلقة بالمنقولات المسروقة أو الضائعة».

وقد عدلت صياغة هذه الفقرة علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة، بحيث يتضح أن المنقولات المملوكة لزوجة المستأجر يقع عليها الامتياز، سواء أكان المؤجر يعلم بأنها مملوكة لزوجة المستأجر أم لم يعلم.

والفقرة الثالثة من المادة المقترحة تقابل الفقرة الثالثة من المادة (1143) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي: «ويقع الامتياز أيضًا علىٰ المنقولات والمحصولات المملوكة للمستأجر من الباطن، إذا كان المؤجر قد اشترط صراحة عدم الإيجار من الباطن، فإذا لم يشترط ذلك، فلا يثبت الامتياز إلا للمبالغ التي تكون مستحقة للمستأجر الأصلي في ذمة المستأجر من الباطن في الوقت الذي ينذره فيه المؤجر».

وقد عدلت هذه الفقرة في ضوء ما يقضي به قانون الإصلاح الزراعي، وقانون تأجير وبيع الأماكن، وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر.

فالمادة (32) من قانون الإصلاح الزراعي (معدلة بالقانون رقم (255) لسنة 1954 والقانون رقم (52) لسنة 1966) - تحظر علىٰ المستأجر التأجير من الباطن أو النزول عن الإيجار، وتجعل الجزاء علىٰ مخالفة ذلك هو البطلان، سواء بالنسبة إلىٰ عقد التأجير من الباطن أو النزول عن الإيجار، أو بالنسبة إلىٰ عقد الإيجار الأصلي، وقد نقل المشروع هذا الحكم في المادة (607) منه الواردة في إيجار الأراضي الزراعية.

والمادة (18) من القانون رقم (136) لسنة 1981 التي ألغت المادة (31) من قانون تأجير وبيع الأماكن، وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر - تجيز للمؤجر أن يطلب إخلاء المكان المؤجر، إذا ثبت أن المستأجر نزل عن الإيجار أو أجر من الباطن بغير إذن كتابي صريح من المالك للمستأجر الأصلي.

وبناءً علىٰ ذلك، فإنه بمقتضىٰ المادة المقترحة يختلف الحكم بحسب ما إذا كان التأجير من الباطن ممنوعًا أم غير ممنوع، ففي الحالة الأولىٰ يقع الامتياز علىٰ

المنقولات والمحصولات المملوكة للمستأجر من الباطن ووقوعه علىٰ منقولات المستأجر الأصلي، كما لو لم يكن هناك إيجار من الباطن. وفي الثانية لا يكون للمؤجر امتياز علىٰ هذه المنقولات والمحصولات إلا بقدر ما يكون المستأجر من الباطن ملزمًا به قبل المستأجر الأصلي في الوقت الذي ينذر فيه المؤجر المستأجر من الباطن.

أما الفقرتان الرابعة والخامسة من المادة المقترحة فتطابقان الفقرتين الخامسة والرابعة من المادة (1143) من التقنين الحالي، وقد اختلف ترتيبهما في المادة المقترحة عنه في المادة (1143) من التقنين الحالي مراعاة للسياق المنطقي في المادة.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1585) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج7/ ص315 و316).

والمادة المقترحة تقابل المادة (1374) من التقنين العراقي.

وتقابل المواد (1437 – 1439) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (1076) من التقنين الكويتي.

مادة (1130):

1- يكون للمبالغ المستحقة لصاحب الفندق في ذمة النزيل عن أجرة الإقامة والمئونة وما أنفق لحسابه – امتياز علىٰ الأمتعة التي أحضرها النزيل في الفندق أو ملحقاته.

2- ويقع الامتياز علىٰ الأمتعة، ولو كانت غير مملوكة للنزيل، إذا لم يثبت أن صاحب الفندق كان يعلم وقت إدخالها عنده بحق الغير عليها، بشرط ألا تكون تلك الأمتعة مسروقة أو ضائعة.

3- ولصاحب الفندق أن يعارض في نقل الأمتعة من فندقه، ما دام لم يستوف حقه كاملًا، فإذا نقلت الأمتعة رغم معارضته أو دون علمه، فإن حق الامتياز يبقىٰ قائمًا عليها دون إخلال بالحقوق التي كسبها الغير بحسن نية.

4- وتكون لامتياز صاحب الفندق ذات المرتبة التي لامتياز المؤجر، فإذا تزاحم الحقان قدم الأسبق في التاريخ، ما لم يكن غير نافذ بالنسبة إلىٰ الآخر.

هذه المادة تطابق المادة (1144) من التقنين الحالي، مع تعديل لفظي.

ويلاحظ أن الفقرتين الثانية والثالثة من المادة المقترحة تشملها فقرة واحدة في المادة (1144) من التقنين الحالي، وهي الفقرة الثانية من هذه المادة، ولكن رئي أن تفرد فقرة ثالثة للحكم الخاص بحق صاحب الفندق في المعارضة في نقل الأمتعة؛ لأن هذا الحكم ينصرف إلىٰ الفقرتين السابقتين معًا، وبذلك أصبحت الفقرة الثالثة في المادة (1144) من التقنين الحالي هي الفقرة الرابعة في المادة المقترحة.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1586) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 318 و319).

والمادة المقترحة تطابق المادة (1385) من التقنين العراقي.

وتطابق المادتين (1442 و1443) من التقنين الأردني.

وتطابق المادة (1077) من التقنين الكويتي.

مادة (1131):

1- يكون لما يستحق لبائع المنقول من الثمن وملحقاته وللمقايض من معدل - امتياز علىٰ المبيع أو المقايض به، ويبقىٰ الامتياز قائمًا ما دام المبيع أو المقايض به محتفظًا بذاتيته، وهذا دون إخلال بالحقوق التي كسبها الغير بحسن نية، ومع مراعاة الأحكام الخاصة بالمواد التجارية.

2- ويكون هذا الامتياز تاليًا في المرتبة، لما تقدم ذكره من حقوق الامتياز الواقعة علىٰ منقول، إلا أنه يتقدم علىٰ امتياز المؤجر وامتياز صاحب الفندق، إذا ثبت أنهما كانا يعلمان به وقت وضع المبيع والمقايض به في العين المؤجرة أو الفندق.

هذه المادة تقابل المادة (1145) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- ما يستحق لبائع المنقول من الثمن وملحقاته، يكون له امتياز علىٰ الشيء المبيع، ويبقىٰ الامتياز قائمًا ما دام المبيع محتفظًا بذاتيته، وهذا دون إخلال بالحقوق التي كسبها الغير بحسن نية، مع مراعاة الأحكام الخاصة بالمواد التجارية.

2- ويكون هذا الامتياز تاليًا في المرتبة؛ لما تقدم ذكره من حقوق الامتياز الواقعة

علىٰ منقول، إلا أنه يسري في حق المؤجر وصاحب الفندق إذا ثبت أنهما كانا يعلمان به وقت وضع المبيع في العين المؤجرة أو الفندق».

وقد أدخل علىٰ الفقرة الأولىٰ من هذه المادة تعديل لفظي، وحذفت كلمة: «الشيء» الواردة قبل كلمة: «المبيع» ضبطًا لعبارة النص، وأضيف معدل المقايضة، حتىٰ يكون للمقايض علىٰ منقول امتياز لضمان ما يستحق من معدل علىٰ المنقول المقايض به أسوة بالبائع.

وفي الفقرة الثانية استبدلت عبارة: «إلا أنه يتقدم علىٰ امتياز المؤجر وامتياز صاحب الفندق» بعبارة: «إلا أنه يسري في حق المؤجر وصاحب الفندق»؛ زيادة في الإيضاح.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1587) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 321 و322).

والمادة المقترحة تقابل المادة (1376) من التقنين العراقي التي تطابق المادة (1145) من التقنين المصري الحالي.

وتقابل المادة (1444) من التقنين الأردني التي تتفق مع المادة (1145) من التقنين المصري الحالي.

وتقابل المادة (1078) من التقنين الكويتي التي تتفق مع المادة (1145) من التقنين المصري الحالي.

مادة (1132):

1- للشركاء الذين اقتسموا منقولًا حق امتياز عليه، تأمينًا لحق كل منهم في الرجوع علىٰ الآخرين بسبب القسمة، وفي استيفاء ما تقرر لهم فيها من معدل.

2- وتكون لامتياز المتقاسم ذات المرتبة التي لامتياز البائع أو المقايض، فإذا تزاحم الحقان قدم الأسبق في التاريخ.

هذه المادة تطابق المادة (1146) من التقنين الحالي، مع إضافة عبارة: «أو المقايض» في الفقرة الثانية اتساقًا مع حكم المادة السابقة.

وتطابق المادة (1079) من التقنين الكويتي، فيما عدا أن هذه الأخيرة لم تذكر

المقايض.

وتتفق مع المادة (1377) من التقنين العراقي، فيما عدا أن هذه الأخيرة لم تذكر المقايض.

وتتفق مع المادة (1445) من التقنين الأردني، فيما عدا أن هذه الأخيرة لم تذكر المقايض.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1588) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 323).



الفرع الثاني

حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على عقار

مادة (1133):

1- يكون للمبالغ التي أنفقت في حفظ العقار، وفيما يلزم له من إصلاح - امتياز عليه كله.

2- ويجب أن يقيد هذا الامتياز، وتكون مرتبته من وقت القيد.

هذه المادة مستحدثة.

فقد رئي استحداث هذه المادة أسوة بامتياز نفقات حفظ وإصلاح المنقول؛ إذ إن أساس الامتياز متوافر في الحالتين، كما أن النص علىٰ امتياز المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين الوارد في المادة (1148) من التقنين الحالي - لا يغني عن هذا النص المستحدث؛ إذ إن نفقات الحفظ والإصلاح قد تكون مستحقة لغيرهم كحائز العقار مثلًا.

وفي تطبيق هذه المادة يشمل الحق الممتاز نفقات حفظ العقار وإصلاحه، أي: المبالغ التي أنفقت في حفظ العقار ووقايته من أن يهلك أو يتلف كله أو بعضه، والنفقات التي لولاها لأصبح العقار غير صالح للاستعمال الذي أعد له، ويرد ذلك علىٰ الأبنية، والقناطر، والطرق، والآبار، والأراضي الزراعية، والمراوي، والمصارف، والبرك، ويستفيد منه

المقاول، والمهندس، وحائز العقار، ومستأجره، والفضولي، إذا قام أي منهم بالصيانة أو الإصلاح.

ولا يشترط أن تكون المبالغ قد أنفقت بقصد حفظ العقار أو إصلاحه، بل يكفي أن تكون قد أدت فعلًا إلىٰ الحفظ أو الإصلاح.

ويقع الامتياز علىٰ كل العقار الذي تمت صيانته أو إصلاحه، لا علىٰ ما زاد فيه بسبب الحفظ والإصلاح.

ويجب قيد هذا الامتياز، ويعين مرتبته تاريخ قيده.

مادة (1134):

1- يكون لما يستحق لبائع العقار من الثمن وملحقاته، وللمقايض من معدل - امتياز علىٰ العقار المبيع أو المقايض به.

2- ويجب أن يقيد هذا الامتياز، ولو كان عقد البيع أو المقايضة مسجلًا، وتكون مرتبته من وقت القيد.

هذه المادة تقابل المادة (1147) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- ما يستحق لبائع العقار من الثمن وملحقاته، يكون له امتياز علىٰ العقار المبيع.

2- ويجب أن يقيد الامتياز ولو كان البيع مسجلًا، وتكون مرتبته من وقت القيد».

وقد عدلت الفقرة الأولىٰ من هذه المادة بإضافة معدل المقايضة؛ حتىٰ يكون للمقايض علىٰ عقار امتياز لضمان ما يستحق من معدل علىٰ العقار المقايض به أسوة بالبائع.

كما عدلت الفقرة الثانية في ضوء التعديل الذي أدخل علىٰ الفقرة الأولىٰ.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1589) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 326).

والمادة المقترحة تقابل المادة (1378) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (1446) من التقنين الأردني.

وتقابل المادة (1080) من التقنين الكويتي التي تطابق المادة (1147) من التقنين

المصري الحالي.

مادة (1135):

1- يكون للمبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين الذين عهد إليهم في تشييد أبنية أو منشآت أخرىٰ أو في إعادة تشييدها - امتياز علىٰ هذه المنشآت، ولكن بقدر ما يكون زائدًا بسبب هذه الأعمال في قيمة العقار وقت بيعه.

2- ويجب أن يقيد هذا الامتياز، وتكون مرتبته من وقت القيد.

هذه المادة تقابل المادة (1148) من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي:

«1- المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين الذين عهد إليهم في تشييد أبنية، أو منشآت أخرىٰ، أو في إعادة تشييدها، أو في ترميمها أو صيانتها - يكون لها امتياز علىٰ هذه المنشآت، ولكن بقدر ما يكون زائدًا بسبب هذه الأعمال في قيمة العقار وقت بيعه.

2- ويجب أن يقيد هذا الامتياز، وتكون مرتبته من وقت القيد».

وقد عدلت الفقرة الأولىٰ من هذه المادة بحذف المبالغ التي أنفقت في الترميم والصيانة؛ نظرًا لدخولها في النص العام الذي استحدث، وهو المادة (1133) من المشروع.

كما عدلت صياغة هذه الفقرة بحيث يشمل الامتياز ما هو مستحق للمهندسين عمومًا، دون قصره علىٰ المهندسين المعماريين؛ وذلك نظرًا إلىٰ أن المباني وغيرها من المنشآت تقتضي أعمالًا من مهندسين من تخصصات مختلفة، معماريين، ومدنيين، وكهربائيين، وغير ذلك.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1590) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 328 و329).

والمادة المقترحة تقابل المادة (1379) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (1081) من التقنين الكويتي.

مادة (1136):

1 - للشركاء الذين اقتسموا عقارًا حق امتياز عليه؛ تأمينًا لحق كل منهم في الرجوع علىٰ الآخرين بسبب القسمة، وفي استيفاء ما تقرر لهم فيها من معدل.

2 - ويجب أن يقيد هذا الامتياز، ولو كان عقد القسمة مسجلًا، وتكون مرتبته من وقت القيد.

هذه المادة تفق مع المادة (1149) من التقنين الحالي التي تنص علىٰ ما يأتي:
«للشركاء الذين اقسموا عقارًا حق امتياز عليه؛ تأمينًا لما تخوله القسمة من حق في رجوع كل منهم علىٰ الآخرين، بما في ذلك حق المطالبة بمعدل القسمة، ويجب أن يقيد هذا الامتياز، وتكون مرتبته من وقت القيد».

وقد عدلت صياغة هذه المادة علىٰ النحو الوارد في المادة المقترحة.

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 1591) في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 7/ ص 331).

والمادة المقترحة تتفق مع المادة (1380) من التقنين العراقي.

وتتفق مع المادة (1447) من التقنين الأردني.

وتتفق مع المادة (1082) من التقنين الكويتي.



فهرس الموضوعات

القسم الثاني

الحقوق العينية

